

خَاصَّةٌ
رَدِّ الْمَحْتَسَرِّ
لِجَانِسَةِ الْمُحَقِّقِينَ مُحَمَّدِ أَمِينٍ اِشْتِزَابِيِّ عَابِدِينَ

عَامِ
الذَّرِّ الْمَخْتَارِ: شَرْحُ تَنْوِيرِ الْأَبْصَارِ
فِي فِقْهِ مَذْهَبِ الْإِمَامِ أَبُو حَنِيفَةَ النَّهْأَنِ

الْمَجْلَدُ الرَّابِعُ

دار الفکر
الطبعة والنشر والتوزيع

بَیْرُوتَ

حاشية رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشيرازي بن عابدين

على

الدر المختار: شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

وبإشراف: تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف

وقد وضع الشرح والمقن بأعلا الصحائف

وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء

الجزء الرابع

الطبعة الثانية

١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م

دار الفكر

١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م

« مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ »
(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحدود

(الحد) لغة المنع . وشرعا (عقوبة مقدرة وجبت حقا لله تعالى) زجرا ، فلا تجوز الشفاعة فيه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحدود

لما فرغ من الإيمان وكفارتها الدائرة بين العباداة والعقوبة ذكر بعدها العقوبات المحضة ، ولولا لزوم التفريق بين العبادات لكان ذكرها بعد الصوم أولى ، لاشتغاله على بيان كفارة الفطر المذهب فيها بجهة العقوبة ثم وفتح . وهي ستة أنواع : حد الزنا ، وحد شرب الخمر خاصة ، وحد السكر من غيرها والسكر متحدة فيهما ، وحد القذف ، وحد السرقة ، وحد قطع الطريق ابن كمال (قوله الحد لغة) في بعض النسخ : هو لغة ، فالضمير عائذ على الحد المفهوم من الحدود (قوله المنع) ومنه سمي البواب والسجان حدادا لمنع الأول من الدخول والثاني من الخروج ، وسمى المعرف للباهية حدا لمنع من الدخول والخروج . وحدود الدار نهاياتها ، لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها إليه ، وتماه في الفتح (قوله عقوبة) أى جزاء بالضرب أو القطع أو الرجم أو القتل ، سمي بها لأنها تنلوا الذنب ، من تعاقبه : إذا تبعه قهستانى (قوله مقدرة) أى مبينة بالكتاب أو السنة أو الإجماع قهستانى أو المراد لها قدر خاص ، ولذا قال في النهر مقدرة بالموت في الرجم وفي غيره بالأسواط الآتية اهـ أى وبالقطع الآتى (قوله حقا لله تعالى) لأنها شرعت لمصلحة تعود إلى كافة الناس من صيانة الأنساب والأموال والعقول والأعراض (قوله زجرا) بيان لحكمها الأصلي ، وهو الاتزجار عما ينضرب به العباد من أنواع الفساد ، وهو وجه تسميتها بحدودا . قال في الفتح : والتحقيق ما قال بعض المشايخ : إنها موانع قبل الفعل ، زواجر بعده : أى العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل ، وإيقاعها بعده يمنع من العود إليه (قوله فلا تجوز الشفاعة فيه) تفريع على قوله يجب (١) الخ : قال في الفتح : (١) (قوله لتفريع مل قوله يجب) حكلا بخط المصارع ، ولدى في المتن : وبأن له به ذلك وجب بالماضي والحطب سهل المصحة .

بعد الوصول للحاكم ، وليس مطهرا عندنا بل المطهر التوبة . وأجمعوا أنها لا تسقط الحد في الدنيا (فلا تعزير) حد لعدم تقديره (ولا قصاص حد) لأنه حق المولى . والزنا (الموجب للحد (وطم) وهو إدخال

فلانه طلب ترك الواجب ، ولذا أنكر صلى الله عليه وسلم على أسامة بن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال « أنشفع في حد من حدود الله؟ » (قوله بعد الوصول للحاكم) وأما قبل الوصول إليه والثبوت عنده فتجاوز الشفاعة عند الراعي له إلى الحاكم ليطلقه ، لأن وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت ، فالوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الإمام عند الثبوت عنده كذا في الفتح . وظاهره جواز الشفاعة بعد الوصول للحاكم قبل الثبوت عنده ، وبه صرح ط عن الحموى (قوله بل المطهر التوبة) فإذا حد ولم يقب يبق عليه إثم المعصية . وذهب كثير من العلماء إلى أنه مطهر ، وأوضح دليلنا في التهر .

مطلب التوبة تسقط الحد قبل ثبوته

(قوله وأجمعوا الخ) الظاهر أن المراد أنها لا تسقط الحد الثابت عند الحاكم بعد الرفع إليه ، أما قبله فيسقط الحد بالتوبة حتى في قطاع الطريق سواء كان قبل جنابهم على نفس أو عضو أو مال أو كان بعد شيء من ذلك كما سيأتي في بابيه ، وبه صرح في البحر هنا خلافا لما في التهر ، نعم يبقى عليهم حق العبد من القصاص إن قتلوا والضمان إن أخذوا المال ، وقول البحر : والقطع إن أخذوا المال سبق قلم ، وصوابه والضمان . والحاصل أن بقاء حق العبد لا ينافي سقوط الحد ، وكأنه في التهر توهم أن الباقي هو الحد وليس كذلك فافهم . وفي البحر عن الظهيرية : رجل أتى بفاحشة ثم تاب وأناب إلى الله تعالى فإنه لا يعلم القاضي بفاحشته لإقامته الحد عليه لأن السر مندوب إليه اه . وفي شرح الأشباه للبيري عن الجوهر : رجل شرب الخمر وزنى ثم تاب ولم يحد في الدنيا هل يحد له في الآخرة ؟ قال : الحدود حقوق الله تعالى لأنه لا يتعلق بها حق الناس وهو الاتزجار ، فإذا تاب توبة نصوحا أرجو أن لا يحد في الآخرة فإنه لا يكون أكثر من الكفر والردة وأنه يزول بالإسلام والتوبة (قوله فلا تعزير حد) تعزير ، اسم لا يمتنع معها على الفتح وحد خبرها ، وكذا قوله ولا قصاص حد ، وقدر الشارح خبرا للأول لأن الخبر المذكور مفرد لا يصلح خبرا لها لكنه مصدر للجنس فيصلح لها ، وانحطط في ذلك سهل ، ثم إن الأول مفرع على قوله مقدرة ، والثاني على قوله وجبت حقا لله تعالى ، وقوله لعدم تقديره : أي تقدير التعزير أي كل أنواعه لأن المقدار بعضها وهو الضرب ، على أن الضرب وإن كان أقله ثلاثة وأكثره تسعة وثلاثون لكن ما بين الأقل والأكثر ليس بمقدر كما أفاده في البحر .

مطلب أحكام الزنا

(قوله والزنا) بالقصر في لغة أهل الحجاز فيكتب بالياء ، وبالمد في لغة أهل نجد فيكتب بالالف : بدأ بالكلام عليه لأنه لصيانة النسل فكان راجعا إلى الوجود وهو الأصل ولكثرة وقوع سببه مع قطيعته ، بخلاف السرقة فإنها لا تتكرر كثيرته ، والشرب وإن كثر فليس حده بتلك القطيعة تهر وفتح :

مطلب الزنا شرما لا يختص بما يوجب الحد بل أعم

(قوله الموجب للحد) قيد به لأن الزنا في اللغة والشرع بمعنى واحد ، وهو وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته ، فإن الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد بل بما هو أعم ، والموجب للحد بعض أنواعه . ولو وطئ جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا ، فدل على أن فعله زنا وإن كان لا يحد به ، ونعامة في الفتح . وبه علم

قدر حشفة من ذكر (مكلف) خرج الصبي والمعنوة (ناطق) خرج وطء الأخرس ، فلا حد عليه مطلقا للشبهة .
وأما الأعمى فيحد للزنا بالإقرار لا بالبرهان شرح وهبانية (طالع في قبل مشتهة) حالا أو ماضيا خرج المسكوه
والدبر ونحو الصغيرة (خال عن ملكه) أى ملك الواطى (وشبهته) أى فى المحل لافى الفعل ، ذكره ابن السكال ؛
وزاد السكال (فى دار الإسلام) لأنه لا حد بالزنا فى دار الحرب (أو تمكينه من ذلك) بأن استلقى

أن مافى الكنز وغيره من تعريف الزنا بما مر تعريف للشرعى الأعم ، فلا يعترض عليه بترك القيود التى ذكرها
المصنف هنا لأنه تعريف للأخص الموجب للحد ؛ على أن القيود المذكورة خارجة عن الماهية لأنها شروط لإجراء
الحكم كما فى النهر تأمل (قوله قدر حشفة) أى حشفة أو قدرها ممن كان مقطوعا ، لكن صرح بانغنى وسكت
عن الظاهر لعلمه بالأولى اختصارا ، أو أقحم لفظ قدر لإفادة التعميم لا للاحتراز عن نفس الحشفة ، فإيلاج بعضها
غير موجب للحد لأنه ليس وطننا ولذا لم يوجب الغسل ولم يفسد الحج كما فى الجوهرة ، وأشار بسكوته عن الإزالة
إلى أنه غير شرط (قوله مكلف) أى عاقل بالغ ، ولم يقتل مسلم لأنه غير شرط فى حق الجائد (قوله مطلقا) سواء
ثبت عليه بإقراره بالإشارة أو بينه كما فى البحر وغيره (قوله لا بالبرهان) ذكر ابن الشحنة فى شرح الوهبانية
أنه رآه فى نسخته الخائية ، وذكر أن المصنف : يعنى ابن وهبان خص ذلك بالأخرس .

أقول : الذى رأيت فى نسختين من الخاتية هكذا : ولو أقر الأخرس بالزنا أربع مرات فى كتاب كتبه
أو إشارة لا يحد ، ولو شهد عليه الشهود بالزنا لا تقبل . الأعمى إذا أقر بالزنا فهو بمنزلة البصير فى حكم الإقراراه ،
فقوله ولو شهد عليه الشهود الخ إنما ذكره فى الأخرس لافى الأعمى ، بخلاف لما رآه ابن الشحنة فى نسخته فإنه غلط
لقول الفتح والبحر : بخلاف الأعمى صح إقراره والشهادة عليه ، ومثله فى التتارخانية عن المضمهرات ، وبه جزم
فى شرح الوهبانية للشرنبلالى وشرح الكنز للمقدسى (قوله فى قبل) متعلق بوطء (قوله أو ماضيا) أدخل به
العجوز الشوهاء ، فلانها وإن لم تكن مشتهة فى الحال لكنها كانت مشتهة فيها مضى (قوله خرج المسكوه) أى
يقيد طالع والدبر بقيد قبل ، وهذا بناء على قول الإمام من أنه لا حد بالواطء ، أما على قولنا من أنه يحد بفعل
ذلك فى الأجانب فيدخل فى الزنا ، وسأبقى فى الباب الآتى (قوله ونحو الصغيرة) هو الميعة والبهيمة ح . وهذا
خرج بقيد مشتهة والمراد الصغيرة ونحوها ، فإقحام لفظ نحو لقصد التعميم كما مر آنفا ، ونظيره على أحد الاحتمالات
قولنا : مثلك لا يبخل (قوله خال عن ملكه) أى ملك يمينه وملك نكاحه ، وهو صفة لقبيل ط أو صفة لوطء
(قوله وشبهته) أى شبهة ملك الميمين وملك النكاح . فالأولى كوطء جارية مكاتبه أو عبده المأذون المديون ،
أو جارية المغنم بعد الإحراز بدورانها فى حق الغازى . والثانية كتزوج امرأة بلا شهود أو أمة بلا إذن مولاه ، أو تزوج
العبد بلا إذن مولاه حموى عن المفتاح ط (قوله أى فى المحل) ويقال لها شبهة ملك وشبهة حكيمة كوطء جارية ابنت ط
(قوله لافى الفعل) وتسمى شبهة اشتباه كوطء معتدة الثلاث .

وحاصله أن شرط كون الوطء زنا خلوة عن شبهة المحل لأنها توجب نفي الحد وإن لم يظن حله ، بخلاف شبهة
الفعل فلانها لا تنفيه مطلقا ، بل إن ظن المحل ؛ أما إن لم يظنه فلا ، ولذا خصص الأولى بالإرادة مع أنه لو أريد
خلوه عما يعم شبهة الفعل بقيد ظن المحل فيها صح أيضا أفاده السيد أبو السعود (قوله فى دار الإسلام) مقعول
زاد وهذا التقيد يوسى إليه قولهم وأين هو ، وكذا قولهم فى الباب الآتى لا حد بالزنا فى دار الحرب والبنى . وعليه
فكان الأولى أن يقول فى دار العدل ليخرج دار البنى أيضا ، وهذا إذا لم يزن داخل العسكر الذى فيه السلطان
أوثانيه المأذون له بإقامة الحد ، وإلا فإنه يحد كما سأتى هناك (قوله أو تمكينه) بالرفع عطف على وطء وأو للتقسيم

فقدت على ذكره فإنها يحدان لوجود التمكن (أو تمكينها) فإن فعلها ليس وطناً بل تمكين قتم التعريف ، وزاد في المحيط : العلم بالتحريم ، فلو لم يعلم لم يحد للشبهة : ورده في فتح القدير بحرمته في كل ملة .

والفتوى واسم الإشارة للوطء ط (قوله فقدت على ذكره) أى واستدخلته بنفسها (قوله أو تمكينها) لما كانت المرأة يحد الزنا وقد سماها الله تعالى زانية في قوله - الزانية والزاني - علم أنها تسمى زانية حقيقة ، ولا يلزم من كونها لا تسمى واطئة أنها زانية مجازاً فلذا زاد في التعريف تمكينها حتى يدخل فعلها في العرف وهو الزنا الموجب للحد ، فلو لم يكن تمكينها زناً حقيقة لما احتيج إلى إدخاله في التعريف ، وهو أيضاً أمانة كونها زانية حقيقة وإن لم تكن واطئة ، كما أن الرجل يسمى زانياً حقيقة بالتمكين وإن لم يوجد منه الوطء حقيقة ، وبه سقط ما في البحر من أن تسميتها زانية مجاز فافهم (قوله قتم التعريف) تعريض بمصاحب الكثر وغيره حيث عرفوه بالتحريف الأعم ، وتقدم جوابه تأمل (قوله وزاد في المحيط الخ) حيث قال إن من شرائط العلم بالتحريم ، حتى لو لم يعلم بالحرمة لم يجب الحد للشبهة : وأصله ما روى سعيد بن المسيب أن رجلاً زنى باليمن فكذب في ذلك عمر رضى الله تعالى عنه : إن كان يعلم أن الله حرم الزنا فأجلده ، وإن كان لا يعلم فعله ، فإن عاد فأجلده ، ولأن الحكم في الشرعيات لا يثبت إلا بعد العلم ، فإن كان الشروع والاستفاضة في دار الإسلام أقيم مقام العلم ، ولكن لا أقل من إرث شبه لعدم التبليغ اه : وبه علم أن الكون في دار الإسلام لا يقوم مقام العلم في وجوب الحد كما هو قائم مقامه في الأحكام كلها ح عن البحر (قوله ورده في فتح القدير) أى في الباب الآتي بأن الزنا حرام في جميع الأديان والملل ؛ فالخبري إذا دخل دار الإسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال يحد ولا يلفت إليه ، وإن كان فعله أول يوم دخوله فكيف يقال إذا ادعى مسلم أصلي أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانقضاء شرط الحداه وأقره في البحر والنهر والمنع والمقدسى والشرنبلالي . ونالغ فيه ط بما مر عن عمر وبأن الحرمة الثابتة في كل ملة لا تنافي أن بعض الناس يجهلها : كيف والباب تقبل فيه الشبهات : وأما مسألة الخبري فلعلمها على قول من لا يشترط العلم اه .

قلت : وكذا نازع فيه المحقق ابن أمير حاج في آخر شرحه على التحرير في بحث الجهل حيث قال بعد نقله ما مر عن المحيط غير أن ظاهر قول الميسوط عقب هذا الأثر : فقد جعل ظن الحل في ذلك الوقت شبهة لعدم اشتهاار الأحكام بشيء إلى أن هذا الظن في هذا الزمان لا يكون شبهة معتبرة لاشتهاار الأحكام فيه ، ولكن هذا إنما يكون مفيداً للعلم بالنسبة إلى الناشئ في دار الإسلام . والمسلم المهاجر المقيم بها مدة يطلع فيها على ذلك ، فأما المسلم المهاجر الواقع منه ذلك في فور دخوله فلا : وقد قال المصنف : يعنى الكمال في شرح الهداية : ونقل في اشتراط العلم بجمرة الزنا لإجماع الفقهاء ، وهو مفيد أن جهله يكون عذراً ، وإذا لم يكن علماً بعد الإسلام ولا قبله فحق بتحقيق كونه علماً ؟ وحينئذ فالفرع المذكور : أى فرع الخبري هو المشكل فليأمل اه .

قلت : قد يجاب بأن العلم بالحرمة شرط فيمن ادعى الجهل بها وظهر عليه أمانة ذلك ، بأن نشأ وحده في شاطئ أو بين قوم جهال مثله لا يعلمون تحريمه أو يعتقدون إباحته إذ لا يتكرر وجود ذلك ، فمن زنى وهو كذلك في فور دخوله دارنا لا شك في أنه لا يحد ، إذ التكليف بالأحكام فرع العلم بها وعلى هذا يحمل ما في المحيط . وما ذكر من نقل الإجماع بخلاف من نشأ في دار الإسلام بين المسلمين أو في دار أهل الحرب المعتقدين بحرمته ثم دخل دارنا فإنه إذا زنى يحد ولا يقبل اعتداده بالجهل ، وعليه يحمل فرع الخبري ويؤول عنه الإشكال ، وهو أيضاً يحمل كلام الكمال وبه يحصل التوفيق ، وهو أولى من شق العصا والتفريق ، هذا ما ظهروا لي ، والله سبحانه وتعالى أعلم

(ويثبت بشهادة أربعة) رجال (في مجلس واحد) فلو جاءوا متفرقين حدوا (بلفظ (الزنا لا) مجرد لفظ (الوطء والجماع) وظاهر الدور أن ما يفيد معنى الزنا يقوم مقامه (ولو) كان (الزوج أحدهم إذا لم يكن) الزوج (قلدها) ولم يشهد بزناها بولده للثمة ، لأنه يدفع العان عن نفسه في الأولى ويسقط نصف المهر لو قبل الدخول أو نفقة العدة لو بعده في الثانية ظهيرية (فيسألهم الإمام عنه ما هو) أي عن ذاته وهو الإبلاج عني (وكيف هو

(قوله ويثبت) أي الزنا عند القاضي ، أما ثبوته في نفسه فيلجأ الإنسان له لأنه فعل حسي نهر (قوله رجال) لأنه لا مدخل لشهادة النساء في الحدود ، وقيد بذلك من إدخال التاء في العدد كما هو الواقع في النصوص (قوله فلو جاءوا متفرقين حدوا) أي حد القذف ، ولو جاءوا فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام إلى القاضي واحد بعد واحد قبلت شهادتهم ، وإن كانوا خارج المسجد حدوا جميعا بجر عن الظهيرية ، وعبر بالمسجد لأنه محل جلوس القاضي يعني أن اجتماعهم يعتبر في مجلس القاضي لا خارجه ، فلو اجتمعوا خارجه ودخلوا عليه واحدا بعد واحد فهم مفرقون فيحدون (قوله بلفظ الزنا) متعلق بشهادة ، فلو شهد رجلان أنه زنى وآخران أنه أقر بالزنا لم يحد ، ولا يحد الشهود أيضا إلا إذا شهد ثلاثة بالزنا والرابع بالإقرار به فتحد الثلاثة ظهيرية ، لأن شهادة الواحد بالإقرار لا تعتبر ففي كلام الثلاثة قفنا بجر (قوله لا بمجرد لفظ الوطء والجماع) لأن لفظ الزنا هو الدال على فعل الحرام دونهما ، فلو شهدوا أنه وطئها وطئها محرما لا يثبت بجر : أي إلا إذا قال وطئنا هو زنا . والظاهر أنه يمكن صريحه من أي لسان كان كما صرح به في الشرنبلالية في حد القذف ، فإنه يشترط فيه صريح الزنا كما هنا تأمل (قوله وظاهر الدور الخ) ونصها أي بشهادة ملتبسة بلفظ الزنا لأنه الدال على فعل الحرام أو ما يفيد معناه ، وسيأتي بيانه اهـ .

ولا يجني أنها محتملة أن يكون قوله أو ما يفيد معناه عطفًا على الضمير وقوله لأنه الدال ، يعني أن الدال على فعل الحرام لفظ الزنا أو ما يفيد معناه ، وليس ذلك صريحًا في أن ما يفيد معناه تصح الشهادة به ، ثم ظاهر العبارة عطفه على لفظ الزنا ، لكن قوله وسيأتي بيانه أو أدبه كما قاله بعض المحققين ما ذكره في التعزير من أن حد القذف يجب بصريح الزنا أو بما هو في حكمه بأن يدل عليه اللفظ اقتضاء كقوليه في غضب لست لأبكيك أو بآين فلان أبيه اهـ وأنت خير بأن هذا لا ينافي هنا فهذا يؤيد ما قلنا من العطف على الضمير فافهم . ثم إنه لو لم يبينه بما ذكر في التعزير أمكن حله على أن المراد به ما كان صريحًا فيه من لغة أخرى فافهم (قوله لأنه يدفع اللغات عن نفسه) بيان للثمة وعليه لو كان قذف أحدهم الرجل لم تقبل شهادته لما ذكر في الزوج ، أفاده في البحر (قوله ويسقط نصف المهر) أي يسقط الزوج بهذه الشهادة لتضمنها مجيء الفرقة من قبلها حيث كانت مطاوعة لولده ، وأما بعد الدخول فلا يسقط شيء من المهر بمطاولتها بل تسقط النفقة لنشوزها (قوله ظهيرية) ومثله في البحر عن المحيط بزيادة ونحو الثلاثة ولا يحد الزوج (قوله فيسألهم الإمام الخ) أي وجوبًا . وقال قاضيه خان : ينبغي أن يسألهم هو متى . والظاهر أن ينبغي بمعنى يجب لأن هذا البيان شرط لإقامة الحد . قال في الفتح بعد ما صرح بالوجوب : ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم إنها زنا لا يحد المَشْهُود عليه ولا الشهود ، ونماه فيه (قوله أي عن ذاته وهو الإبلاج) تفسير للماهية المعبر عنها بما هو ، وظاهر كلامهم أنه ليس المراد بالماهية الحقيقية الشرعية المارة كما في البحر ، لكن ذكر في الفتح فائدة سؤاله عن الماهية أن الشاهد عساه يظن أن امرأة الفرجين حراما زنا أو أن كل وطء محرّم زنا هو يجب الحد فيشبه بالزنا . قال في النهر : وهو ظاهر في أن المراد بما هيته حقيقته الشرعية ، إلا أن هذا يستلزم الاستغناء عن الكيفية والمكان لعض من التعريف ذلك ، فهو من عطف الخاص على العام اهـ .

قلت : الاستغناء مدفوع لأن الماهية بيان حقيقة الزنا متى حيث هو ، وأما الكيفية والمكان وغيرهما فهي

وَأَمِنْ هُوَ وَمَنْ زَنَى وَعَمِنْ زَنَى) لجواز كونه مكرها أو بدار الحرب أو في صباه أو بأمة ابنة ، فيستقصى القاضي احتيالا للدرء (فإن بينوه وقالوا رأينا وطئنا في فرجها كالليل في المحكلة) هو زيادة بيان احتيالا للدرء (وعدلوا سرا وعلنا) إذا لم يعلم بحالهم (حكم به) وجوبا ، وترك الشهادة به أولى مالم يكن متهتكا فالشهادة أولى نهر : (ويثبت) أيضا (بإقراره)

في هذا الزنا الزنا الخاص المشهود به ، فيسألهم عن ذلك ليعلم أن هذا الخاص تحققت فيه الماهية الشرعية احتياطا في درء الحد فتدبر (قوله لجواز كونه مكرها الخ) بيان لقوله وكيف هو على طريق الترتيب : والأولى أن يقول بأكراه لأن الضمير عائد على الزنا لأنه المستل على لاعلى الزاني (قوله أو في صباه) وكذا يحتمل أن يكون بعد بلوغه لكن في زمان متقدم كما في الفتح وغيره ، وسبأني حد القادم (قوله أو بأمة ابنة) أي ونحوها من لا يحد بوطئها كآمته وزوجته : قال في الفتح : وقياسه في الشهادة على زنا المرأة أن يسألهم عن زنى بها من هو للاحتيال المذكور وزيادة كونه صبيا أو مجنونا فإنها لأحد عليا فيه عند الإمام (قوله هو زيادة بيان) أي لأنه يغني عنه بيان الماهية مع أن ظاهر كلامهم أن الحكم موقوف على بيانه كما في البحر ، وأشار إلى أن الضمير في بينوه عائد إلى المذكور من الأوجه المستل عنها كما يؤخذ من عبارة القدوري ، خلافا لما في بعض الشروح من أن قوله وقالوا الخ بيان لقوله وبينوه لأنه بمجرد القول المذكور لا يتم البيان كما في النهر (قوله وعدلوا سرا وعلنا) السر بأن يبعث القاضي ورقة فيها أسماءهم وأسماء علمتهم على وجه يتميز به كل واحد منهم لمن يعرفه ، فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة . والعلاية بأن يجمع القاضي بين المذكر والشاهد ويقول هذا الذي زكيت به يعني سرا ، ولم يكتف هنا بظاهر العدالة اتفاقا ، بأن يقال هو مسلم ليس بظاهر الفسق احتيالا للدرء ، بخلاف سائر الحقوق عند الإمام . قالوا : ويحسب هنا حتى يسأل عن الشهود بطريق التعزير ، بخلاف الديون فإنه لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة ، وتامة في البحر . واعترضه بأنه يلزم الجمع بين الحد والتعزير :

قلت : وفيه نظر لأنه بهذه الشهادة صارتهما ، والمتم يعزر والحد لم يثبت بعد ، على أنه لا مانع من اجتماعهما بدليل ما يأتي من أنه لا يجمع بين جلد ونفي إلا ساسية وتعزيرا فتدبر (قوله إذا لم يعلم بحالهم) أما لو علم عدالتهم لا يلزمه السؤال لأن علمه أقوى من الحاصل له من المذكر ، ولو لا إهدار الشرع إقامة الحد بعلمه لكان يحده بعلمه كما في الفتح ، قيل والاكتفاء بعلمه هنا مبني على أنه يقضي بعلمه وهو خلاف المفتي به . قال ط : وفيه أن القضاء هنا بالشهادة لا بعلمه بالعدالة فتأمل (قوله حكم به) أي بالحد ، وهذا إذا لم يقر المشهود عليه كما يأتي (قوله مالم يكن متهتكا) من هتك زيد السر هتكا من باب ضرب : خرقه ، وهتك الله سر الفاجر فضحه مصباح . قال في الفتح بعد سوقه الأحاديث الدالة على لدب السر : وإذا كان السر مندوبا إليه ينبغي أن تكون الشهادة بخلاف الأولى التي مرجعها إلى كراهة التنزيه ، وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتده ولم يتهتك به وإلا وجب كون الشهادة أولى لأن المطلوب الشارع إخلاء الأرض من المعاصي والفواحش ، بخلاف من زنى مرة أو مرارا مستقرا متخوفا اه ملخصا .

بقي لو كان أحدهما متهتكا دون الآخر ، وظاهر التعليل المذكور أن الشهادة أولى لأن درء المفاسد مقدم تأمل (قوله ويثبت أيضا بإقراره) عطف على قوله ويثبت بشهادة أربعة ، وقدم الأول لأنه المذكور في القرآن ولأن الثابت بها أقوى حتى لا يندفع الحد بالقرار ولا بالتقدم ولأنها حجة متعددة الإقرار قاصرة وكذا في الفتح والبحر ، لكن قوله ولا بالتقدم مخالف لما قدمناه ، ولما سبأني في باب الشهادة على الزنا

ثم رأيت الرمل نبه على ذلك في حاشية المنع فقال : المقرر أن التقدم يمنعها دون القرار ، وكما يمنع التقدم

صریحا صاحبیا ، ولم یکذبہ الآخر ، ولا ظهر کذبہ بحیثیه أو رتقها ، ولا أقر زناہ بخبر ساء أو ہی بأخبر ساء لجواز إبداء ما یسقط الحد ، ولو أقر به أو بسرقة فی حال سکره لاحد ، ولو سرق أو زنی حد لأن الإنشاء لا یحتمل التکذیب والإقرار یحتمله نهر (أربعا فی مجالسه) أى المقر (الأربعة کلما أقر زنه) بحیث لا یراه (وسأله کما مر) حتى عن المزنی بها لجواز بیانه بأمة ابنه نهر (فإن بیته) کما یحقی (حد) فلا یشیت بعلم

قبولها فی الابتداء فکذا ینع الإقامة بعد القضاء (قوله صریحا) أخرج به إقرار الأخرس بكتابة أو إشارة فلا یحد للشبهة بعدم الصراحة ، بخلاف الأعمی فإنه یصح إقراره والشهادة علیه بحر ، وقد مر (قوله صاحبیا) احتراز عن السکر کما یأتی (قوله ولم یکذبہ الآخر) فلو أقر بالزنا بفلا نة فکذبته دوی الحد عنه سواء قالت زوجتی أو لا عرفه أصلا ، وعليه المهر إن ادعته المرأة ، وإن أقرت بالزنا بفلان فکذبها فلا حد علیها أيضا عنده خلافا لما فی المسألین بحر (قوله أو رتقها) بأن تخبر النساء بأنها رتقا قبل الحد لأن إخبارهن بالرتق یوجب شبهة فی شهادة الشهود بحر (قوله لجواز إبداء ما یسقط الحد) أى من انخرس أو الأخرس علی تقدیر عدم الخرس . واستشکل ما لو أقر أنه زنی بغائبه فإنه یحد قبل حضورها مع احتمال أن تذکر مسقطا عنه وعنها إذا حضرت فیحتاج إلى الفرق :

قلت : یؤخذ جوابه بما فی الجوهره من أن القیاس عدم الحد فی الثانية لجواز أن یحضر فتجحد فتدعی حد القذف أو تدعی نکاحها فتطلب المهر ، وفی حده إبطال حقها ، والاستحسان أن یحد لحديث ما عر فإنه حد مع شبهة المرأة اه .

والحاصل أن القیاس عدم الفرق بین المسألین ، ولكنه حد فی الثانية علی خلاف القیاس للحديث وهذا أولى بما أجاب به بعضهم من أن الزیلعی علل الثانية بأن حضور الغائبة ودعواها النکاح شبهة واحتمال ذلك یشکل شبهة الشبهة ، والمعتبر هو الشبهة دون شبهة الشبهة ، لما أورد علیه من أنه فی المسألة الأولى كذلك :

قلت : وقد یفرق بینهما بأن نفس الخرس شبهة محققة مانعة بخلاف الغيبة ، ولذا لو أقر بالزنا بمن لا یعرفها فإنه یحد . قال فی الفتح لأنه أقر بالزنا ولم یذكر مسقطا لأن الإنسان لا یجهل زوجته وأمه اه . فعلم أن الغائبة لا یأخذ فیها لأنه لم یبد مسقطا ، بخلاف انخرس فإن الخرس نفسه مسقط للعلة المذكورة (قوله فی حال سکره) معانی بأقر (قوله ولو سرق أو زنی) أى فی حال سکره وثبت ذلك بالبینة (قوله لأن الإنشاء) أى إنشاء الزنا أو السرقة العارین للشهود فی حال سکره لا یحتمل التکذیب فیحد ، بخلاف إقراره بذلك فی حال سکره (قوله أربعا فی مجالسه) ولو کل شهر مرة ، أما لو أقر أربعا فی مجلس واحد کان بمنزلة إقرار واحد کما فی الزهر (قوله أى المقر) وقیل مجالس القاضی ، والأول أصح . وفسر محمد تفرق المجلس بأن ینذهب المقر عنه بحیث ینتوی عن بصر القاضی : وظاهر قوله فی البداية لا بد من اختلاف المجالس ، وهو أن یرده القاضی کلما أقر فیذهب حتى لا یراه أن اختلاف المجالس لا یكون إلا یرده نهر (قوله کلما أقر زنه) فیه تسامح کما قال صلب الشریعة لأنه فی الرابعة لا یرده ، ومن ثم قال فی الإصلاح إلا الرابعة نهر (قوله سأله کما مر) أى سؤالا مماثلا لما مر ، وهذا السؤال بعد الرابعة کما فی الکافی ، وذكر أنه یسأل عن عقله وعن إحصائه (قوله حتى عن المزنی بها الخ) سقط لفظ حتى من بعض النسخ ولا بد منه : لأن مراده إفادة أنه لا بد من السؤال عن الخمسة المارة ، وصرح بالمزنی بها ردًا علی ابن السکال حیث قال : لك أن تقول إنه لاحاجة إلیه ، لكن کان علیه التصریح بالزمان أيضا لأنه قبل لا یلزم لأن التصادم ینع الشهادة دون الإقرار : ورد بأن فائدته احتمال أنه زنی فی حال صباه (قوله فلا یشیت الخ) تفریع علی ما فهم

القاضي ولا بالبيئة على الإقرار ؛ ولو قضى بالبيئة فأقر مرة لم يجد عند الثاني وهو الأصح ؛ ولو أقر أربعاً بطلت الشهادة إجماعاً سراج .

(ويحلى سبيله إن رجع عن إقراره قبل الحد أو في وسطه ولو) رجوعه (بالفضل كهروبه) بخلاف الشهادة (وإنكار الإقرار رجوع ، كما أن إنكار الردة توبة) كما سيجيء (وكذا يصح الرجوع عن الإقرار بالإحصان) لأنه لما صار شرطاً للحد صار حقاؤه تعالى ، فصح الرجوع عنه لعدم المكذب بحر (و) كذا عن (سائر الحدود الخاصة) لله كحد شرب وسرقة وإن ضمن المال .

(وتنب تلقينه) الرجوع (لمالك قبلت أو لمست أو وطئت بشبهة) لحديث ماعز .

(ادعى الزاني أنها زوجته سقط الحد عنه وإن) كانت (زوجة للغير) بلا بيئة (وأو زوجها بعده) أي بعد زناه (أو اشتراها لا) يسقط في الأصح لعدم الشبهة وقت الفعل بحر .

(ويرجم محصن في فضاء حتى يموت)

من حصر ثبوته بأحد شيئين الشهادة بالزنا أو الإقرار به ، وقوله ولا بالبيئة على الإقرار بيان لفائدة تقييد الشهادة بأن تكون على الزنا ووجهه كما في الزيلعي أنه إن كان منكراً فقد رجع ، وإن كان مقراً لاعتبر الشهادة مع الإقرار (قوله ولو قضى بالبيئة) أي البيئة على الزنا لا على الإقرار (قوله فأقر مرة) أو مرتين نهر . والظاهر أن الثلاث كذلك ، وقيد بما بعد القضاء لأنه لو أقر قبله سقط الحد بالاتفاق كما صرح به في الفتح ، وظاهره ولو أقر مرة واحدة (قوله لم يجد) أي خلافاً لمحمد لأن شرط الشهادة عدم الإقرار ففات الشرط قبل العمل بها لأن الإفضاء من القضاء في الحدود كما يأتي فصار كالأول ، وهو مالم أقر قبل القضاء كما في الفتح ثم إذا لم يكمل نصاب الإقرار الموجب للحد فلا يجد (قوله بطلت الشهادة) أي وصار الحكم للإقرار فيعامل بموجبه لا بموجب الشهادة (قوله بخلاف الشهادة) أي بخلاف مالم ثبت زناه بالشهادة فهرب في حال الرجم فإنه يتبع بالحجارة حتى يوقى عليه بحر عن الخاوي ، وسيأتي أنه لو هرب بعد ماضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقدم الزمان لا يقيم (قوله وإنكار الإقرار رجوع) أي إذا قال بعد ما أقر أربعاً وأمر القاضي برجمه والله ما أقورت بشيء فإنه يدرك عنه الحد بخانية ، وهذا مكرر مع قوله ويحلى سبيله إن رجع الخ إلا أن يفسر ذلك بقوله رجعت عما أقررت به تأمل (قوله كما سيجيء) أي في بابها (قوله وكذا يصح الرجوع الخ) أي فلا يجد ، وهذا إذا لم تقم البيئة على إحصانه وإلا فيجد كما يأتي متنا قبيل حد الشرب (قوله لعدم المكذب) أي لأنه خبر محتمل للصدق كالإقرار ولا مكذب له فيه فتحقق الشبهة في الإقرار ، بخلاف ما فيه حتى العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه بحر (قوله كحد شرب وسرقة) فإنه يسقط بالرجوع عن الإقرار بهما كما سيأتي في بابيهما (قوله وإن ضمن المال) لأنه حق العبد ، فلا يسقط بعد إقراره بسرقة (قوله لحديث ماعز) هو ابن مالك الأصملي المروى في البخاري ، فإن فيه تلقينه بما ذكر . قال في الأصل : ينبغي أن يقول له لمالك زوجته أو وطنتها بشبهة ، والمقصود أن يلقنه ما يكون ذكره داراً لذكره أياً ما كان ، بحر وفتح (قوله بلا بيئة) متعلق بادعى . قال في البحر : ولا يكلف إقامة البيئة كما لو ادعى السارق العين أنها ملكه سقط القطع بمجرد دعواه ، ولهذا المسألة أخوات ستذكرها في الباب الآتي (قوله لا يسقط في الأصح) أي إذا ثبت زناه بالبيئة ، وكذا لو بالإقرار إذا لم يتقدم ، وستأتي هذه المسألة آخر الباب الآتي (قوله ويرجم محصن) بفتح الصاد ، من أحصن : إذا تزوج ، وهي مما جاء اسم فاعله على لفظ اسم المفعول ، ومنه أسبب فهو مسبب : إذا أطال في الكلام ، وألفج بالقاء والجمع فهو ملفج : إذا افترق فصح ملخصاً (قوله في فضاء) هو المكان الواسع لأنه أمكن في رجمه ولثلا يصيب بعضهم بعضها نهر (قوله حتى يموت) أشار إلى أنه

وینسقطون کصفوف الصلاة لرجمه ، کما رجم قوم تنحوا ورجم آخرون .
 (فلو قتل شخص أو قفا عينه بعد القضاء به فهل) وينبغي أن يعذر لانتباهه على الإمام نهر (و) لو (قله)
 أي قبل القضاء به (يجب القضاء في العمد والدية في الخطأ) لأن الشهادة قبل الحكم بها لا حكم لها .
 (والشرط بداءة الشهود به) ولو بمحصة صغيرة إلا لمنكر كرض فیرجم القاضي بحضرتهم (فإن أبوا أو امتنعوا
 أو غابوا) أو قطعوا بعد الشهادة (أو بعضهم سقط) الرجم لقوات الشرط ، ولا يحدون في الأصح (كما لو حرج
 بعضهم عن الأهلية) للشهادة (يفسق أو عی أو غرس) أو قذف ولو بعد القضاء لأن الإماء من القضاء في الخدم .
 وهذا لو محصنا ، أما غيره فيحد في الموت والغيبة كما في الحاكم (ثم الإمام) هذا ليس حتما كيف وحضوره ليس
 بلامر قاله ابن السكال ، وما نقله المصنف عن السكال رده في النهر (ثم الناس) أفاد في النهر أن حضوره ليس
 بشرط فرمهم كذلك ، فلو امتنعوا لم يسقط .

لا بأس لكل من رى أن يعتمد مثله لأنه واجب القتل إلا أن يكون ذا رحم به . فإن الأولى أن لا يحدمه
 لأنه نوع من قطيعة الرحم قهستاني ، وبأن تمامه (قوله فهل) أي لاخصاص فيه أو عمدا ولا دية لخطأ (قوله)
 وينبغي الخ (صرح به في الفتح في باب الشهادة على الزنا) قوله لانتباهه افتعال من فالت ففوت هو وفوان .
 قال في المصباح : وفاته فلان يذراع سبقها ، ومنه قبل افتات فلان افتاتا إذا سبق فعل شيء واستند برأيه ولم يأم .
 فيه من هو أحق منه بالأمر فيه (قوله والشرط بداءة الشهود به) أي بالرجم ، لأنهم قد يتجاسرون على ذلك .
 ثم يستعملون المباشرة فيرجعون ، وفيه احتيال للرد كما في المحيط قهستاني (قوله أو قطعوا بعد الشهادة)
 لو مرضوا بعدها قيد به لأنهم لو قطعوا قبلها رى القاضي بحضرتهم لأنهم إذا كانوا مقطوعى الأبدى لم يحد .
 البداءة بهم وإن قطعت بعدها فقد استحققت ، وهذا يفيد أن كون البداءة بهم شرطا إنما هو عند قدرتهم على الرجوع
 بجر وفتح ، والمراد القطع بلا جناية مفسدة وإلا خرجوا عن الأهلية (قوله ولا يحدون في الأصح) لأن إساءة
 ليس صريحا في رجوعهم وإن كان ظاهرا فيه لامتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال ، وتماه في الفتح .
 ولا يخفى أن هذا راجع لقوله فإن أبوا ، أما في الموت والغيبة فلا شبهة في أنهم لا يحدون . وإنما سقط الرجم لاحتياج
 رجوعهم لو حضروا (قوله أو قذف) أي إذا حد به كما قيد في الفتح (قوله لأن الإماء من القضاء) أي إماء
 الحد وليقاعه بالفعل من القضاء فإذا لم يحد ثم حصل مانع من العمل أو الشهادة بعد ثبوتها فكان لم يحصل القضاء
 بها أصلا (قوله كما في الحاكم) أي الحاكم الشهيد أي كتابه الكافي . والظاهر أن الميم في كازندة والأصل
 كافي الحاكم ، وهو كذلك في بعض النسخ . قال في الفتح : وفي غير المحسن . قال الحاكم في الكافي يقام عليه
 الحد في الموت والغيبة أي موت الشهود وغيبتهم ، وبه سقط ما قبل إن المراد كما في الحاكم أي كما يحد لو مات
 الحاكم أو غاب وكيف يصح ذلك مع أن الإماء من القضاء كما سمعت ، ولذا قال في الكافي : وإذا حكم الحاكم
 بالرجم ثم عزل قبل أن يجره وولى غيره لم يحكم بذلك اه فافهم (قوله ثم الإمام) استظهارا في حقه ، فرما يرى
 في الشهود ما يوجب دمه الحد أو جوهرة (قوله قاله ابن السكال) لم ينقله ابن السكال عن أحد . وهو محتاج
 إلى النقل ، فإنه خلاف ظاهر المتن (قوله وما نقله المصنف عن السكال رده في النهر) يأتي بيان ذلك قريبا
 (قوله أفاد في النهر الخ) حيث قال : وفي الدراية : يستحب للإمام أن يأمر طائفة من المسلمين أن يحضروا
 لإقامة الحدود .

واختلوا في عددها ، فمن ابن عباس واحد . وقال عطاة اثنان . والزهري ثلاثة . والحسن البصري
 عشرة اه وهذا صريح في أن حضورهم ليس شرطا فرمهم كذلك ، فلو امتنعوا لم يسقط اه .

(وببدأ الإمام لو مقرا) مقتضاه أنه لو امتنع لم يحل للقوم رجعه وإن أمرهم لفوت شرطه فتح ، لكن سيجيء أنه لو قال قاض عدل قضيت على هذا بالرجم وسعك رجعه وإن لم تعين الحجة ؛ ويكره للمحرم الرجوع وإن فعل لايحرم الميراث (وغسل وكفى وصلى عليه)

قلت : وفيه نظر ، فإن هذا ذكره تفسيرا للطائفة في قوله تعالى - وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين - والواقع في الآية الجلد لا الرجوع ؛ ولو سلم فالمراد أنه إذا كان عند الإمام من رجعه ينبغي أن يأمر غيرهم بأن يحضروا ، لما قالوا من أن مبنى الحد على التشهير ، فالمراد بالناس من يباشر الرجوع وحضورهم لابد منه وإلازم فوات الرجوع أصلا فيأثم الجميع (قوله وببدأ الإمام لو مقرا) أى يبدأ الإمام بالرجم لو كان الزانى مقرا وثبت بإقراره ، لقول على رضى الله تعالى عنه : أبها الناس إن الزنا زناه : زنا السرو زنا العلانية . فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرى ثم الإمام ثم الناس . وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف فيكون الإمام أول من يرى ، وتماهى في الفتح (قوله مقتضاه الخ) قال في الفتح : واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الإمام لايحل للقوم رجعه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجوع ، وهو متنف برجم ماعز للقطع بأنه عليه الصلاة والسلام لم يحضره .

ويمكن الجواب بأن حقيقة ما دل عليه قول على هو أنه يجب على الإمام أمر الشهود بالابتداء احتياالا لثبوت دلالة الرجوع وعدمه ، وأن يبتدىء هو في صورة الإقرار لينكشف للناس عدم تساهله في بعض شروط القضاء والحد ، فإذا امتنع ظهرت أمارة الرجوع وامتنع الحد لظهور الشبهة ، وهذا متنف في حقه عليه الصلاة والسلام فلم يكن عدم رجعه دليلا على سقوط الحد ، ومقتضى ما ذكر أنه لو بدأ الشهود فيها إذا ثبت بالشهادة يجب أن ينهى الإمام ، فلم لم يكن سقط الحد لانعدام المأخذ فيها اه ملخصا . وقوله ومقتضى ما ذكر الخ هو الذى نقله المصنف عن الكمال . ورده في النهى بأنه إنما ينهى لو سلم وجوب حضور الإمام كالشهود وهو غير لازم كما في إيضاح الإصلاح لابن كمال .

قلت : ما ذكره ابن كمال لم يعزه لأحد كما مر ، وما ذكره المحقق صاحب الفتح هو ظاهر المتن والدليل ، فلا يعدل عنه إلا بنقل صريح معتبر : ثم رأيت في اللخيرة مانعه : تجب البداءة من الشهود ثم من الإمام ثم من الناس فافهم (قوله لكن سيجيء الخ) أى في كتاب القضاء ، وهذا الاستدراك في غير محله لأنه ليس في ذلك أن القاضى امتنع من البداءة بالرجم ، بل المراد أن الحاكم إذا ثبت عنده الحد بالحجة : أى بالبينه أو الإقرار وأمر الناس بالرجم فهم أن يرجعوا بالشرط المتقدم وإن لم يحضروا مجلس الحكم ولم يعاينوا الحجة ، وقيل لافساد الزمان . قال في ضرر الأذكار : والأحسن التفصيل بأن القاضى إذا كان عالما عادلا وجب اتقاه بلا تفحص ، وإن كان عادلا لاجاهلا سئل عن كيفية قضائه ، فإذا أخبر بما يوافق الشرع يؤتمر قوله ، وإن كان ظالما لا يقبل قوله عالما كان أو جاهلا اه (قوله ويكره للمحرم الرجوع) كذا في البحر عن المحيط . وفيه عن الزيلعي وغيره أنه لا يقصد مقتله ، فإن بغيره كفاية . وظاهره أنه إذا لم يقصد مقتلا لا يكره كما يفيد ما نقلناه عن القهستاني أيضا ، ثم إن محل الكرامة إذا لم يكن المحرم شاهدا .

فق الجوهرة : لو شهد أربعة على أبيهم بالزنا وجب عليهم أن يبتدئوا بالرجم وكذا الإخوة وذو الرحم . ويستحب أن لا يصعدوا مقتلا ، وأما ابن العم فلا بأس أن يقصد مقتله لأن رجحه لم يتكلم فأشبهه الأجنبي ، وقوله يستحب الخ يفيد أن الكرامة تنزيهة تأمل (قوله وإن فعل لايحرم الميراث) نص عليه في كافى الحاكم . قال في الجوهرة

وصح أنه عليه الصلاة والسلام صلى على الغامدية .

(وغير المحسن يجلد مائة إن حراً ، ونصفها للعبد) بدلالة النص ، والمراد بالمحسنة في الآية الحرث ذكره البيضاوي وغيره . وذكر الزيلعي أنه غلب الإناث على الذكور لكنه عكس القاعدة .

(و) العبد (لا يجلده سيده بغير إذن الإمام) ولو فعله هل يكنى ؟ الظاهر لا ، لقولهم ركنه إقامة الإمام نهر (بسوط لا عقدة له) . في الصحاح : ثمرة السوط عقدة أطرافه (متوسطا) بين الجوارح وغير المؤلم (ونزع ثيابه خلا إزار) ليستر عورته . (و فرق) جلده (على بدنه خلا رأسه ووجهه وفرجه) قبل وصله وبطنه ؛ ولو جلده في يوم خمسين متوالية ومثلها في اليوم الثاني أحرأه على الأصح جوهرة (و) قال على رضي الله تعالى عنه (يضرب الرجل قائماً) والمرأة قاعدة (في الحدود) والتعازير (غير ممدود) على الأرض كما يفعل في زماننا فإنه لا يجوز

ولو شهد على أبيه بالزنا أو بالنقصان لم يحرم الميراث (قوله وصح أنه عليه الصلاة والسلام صلى على الغامدية) أخرجه الستة إلا البخاري ؛ وأما أنه صلى على ماهر ففيه تعارض ، ونعناه في الفتح (قوله بدلالة النص) هو قوله تعالى — فجلين نصف ما على المحسنات من العذاب — نزلت في الإمام . وإذا ثبت فيه لرق ثبت في الذكور الأرقه دلالة إذ لا يشترط فيها أولوية المسكوت عنه بالحكم بل تكفي المساواة نهر (قوله وذكر الزيلعي الخ) فيكون دسوسه كدور ثابتاً بعبارة النص لا بدلالته (قوله لكنه عكس القاعدة) وهي تغليب الذكور على الإناث . ووجهه هكذا . كما أفاده في الفتح هو كون الداعية فيه أقوى ، ولذا قدمت الزانية على الزاني في الآية (قوله لقولهم ركنه) الركن الحد ، وفيه تأمل ، بل الظاهر أن الركن هو الضرب أو الرجم :

[تنبيه] في كافى الحاكم : يقام الحد على العبد إذا أقر بالزنا أو بغيره مما يوجب وإن كان مولاه عائناً ، وكذا في القطع والنقصان ، وإن قال بعد عقده زنيته وأنا عبيد لزمه حد العبد اه (قوله في الصحاح الخ) نصير له وقع في عبارة المتون كالقدوري والكنز وغيرهما بسوط لا ثمرة له إشارة إلى أن مادركه المصنف هو المراد بالثمرة لأنه المشهور في الكتب كما قاله في معراج الدراية . ورجع في المغرب أن المراد بها ذنبه . وذكر في الفتح من رواية أسد أنه كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرة ثم يدق بين حجرين حتى يابن ثم يضرب به ، والمراد أن لا يضرب وفي طرفة عين لا ينجرح أو يبرح فكيف إذا كان فيه عقدة :

والحاصل أنه يجنب كل من الثمرة بمعنى العقدة وبمعنى الفرع الذي يصير به ذنبين نعتياً بالمشترك في النسي ، ولو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقد ليعم الجواز ما هو بإسار الطرف على ما ذكرنا لكن أولى فإنه لا يضرب بمشاه حتى يبدق رأسه فيصير متوسطاً اه مخصصاً (قوله بين الجوارح وغير المؤلم) بأن يكون مؤلماً غير جارح . ولو كان المجلود ضعيف الخلقة فنفيت هلاكه يجلد جلداً ضعيفاً يحتمل فتح (قوله و فرق جلده الخ) لأن جمعه على عضو واحد قد يفسده وضرب ما استثنى قد يؤدي إلى الهلاك حقيقة أو هي بإسعاد بعض الخواص الظاهرة أو الباطنة (قوله قبل و صدره الخ) قاله بعض المشايخ ، وهو رواية عن أبي يوسف ، وفيه نظر ، بل الصدر من الحمل والضرب بالسوط المتوسط عدداً سبيرا لا يقتل في البطن فكيف بالصدر ؟ نعم إذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا بيوت الظلمة يذبح أن لا يضرب البطن فتح (قوله خمسين متوالية) قيد بالتوالي ليحصل بها الألم . ولذا قال في الجوهرة أيضاً : ولا يجوز أن يفرقه في كل يوم سوطاً أو سوطين لأنه لا يحصل به الإيلام (قوله وقال على رضي الله تعالى عنه) لفظة كما في الفتح عن مصنف عبد الرزاق ؛ يضرب الرجل قائماً ، والمرأة قاعدة في الحدود ، اه . فقوله والتعازير الخ ليس منه (قوله غير ممدود على الأرض) لأن معنى الحد على التشهير زحراً للعامة والقيام الخ فيه ،

وكذا لا يمد السوط لأن المشترك في النفي يعم ابن كمال (ولا تنزع ثيابها إلا الفرو والجشو . وتضرب جالسة) لما روي (وينزع لها) إلى صدرها (في الرجم) وجاز تركه لسترها بثيابها و (لا) يجوز الحفر (له) ذكره الشافعي ولا يربط ولا يمسك ولو هرب . فإن مقرا لا يتبع وإلا اتبع حتى يموت كما مر (ولا جمع بين جلد ورجم) في المحصن (ولا بين حد ونفي) أي تعريب في البكر ، وفسره في النهاية بالحبس وهو أحسن وأسكن للفتنة من التعريب لأنه يعود على موضوعه بالنقض (إلا سياسة وتعزير) وفيه نفي الإمام وكذا في كل جنابة نهر (ورجم مريض زنى

وامرأة منى أمرها على السر . وإن امتنع الرجل ولم يقف لأبأس يربطه بأسطوانة أو يسلك فتحة (قوله وكذا لا يمد السوط) أضاف أن قوله غير ممدود يحتمل أن يعود إلى السوط أيضا : أي ضربا غير ممدود ، ومد السوط فيه سبيل . قيل بأن رفعه الضارب فوق رأسه ، وقيل أن يمد على جسده المنضروب بعد وقوعه عليه وفيه زيادة ألم . وفي الشرح : وكل ذلك لا يفعل . فلنظف ممدود معمم في جميع معانيه لأنه في التي فجاز تعميمه أضاف في مد الرجل عن الأرض ومد السوط معميته ، وهذا بناء على غفار صاحب الهداية وشس الأئمة في جواز تعميم المشترك في التي وكذا الجمع بين الحقيقة والحاز في التي ، وهو خلاف المشهور في كتب الأصول كما بيناه في حواشينا على شرح (قوله ولا يجوز الحفر له) لعله أخذ من قول الهداية وغيرها : إن الربط والإمسك غير مشروع . وأما الحفر

فمنه : وينبغي تقييده بما لو ثبت الحد بالإقرار ليكون متمكنا من الرجوع بالحرب ، بخلاف ما لو ثبت بالبينه أصل (قوله ولا يربط الخ) إلا إذا امتنع كما مر (قوله ولا جمع بين جلد ورجم) للقطع بأنه لم يجمع بينهما صلى الله عليه وسلم ولأن الجلد يعبر عن المقصود مع الرجم فتع (قوله أي تعريب في البكر) أي في غير المحصن ، وقوله عليه الصلاة والسلام « البكر بالبكر جلد مائة وتعريب عام » منسوخ كشرطه الآخر ، وقوله عليه الصلاة والسلام « والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة بحر . وتماخى تخفيقه في الفتحة (قوله وفسره) أي فسر التي المروي في حديث آخر كرواية البخاري من قول أبي هريرة « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يخص نفي عام وإقامة الحد » (قوله وهو أحسن الخ) فيه أنه محالف لروايات التعريب ، وقوله إن في التي فتح باب نقشة لأفرادها عن العشرة وعن تستحي منه : ولقول علي : حسبنا من الفتنة أن ينشأ . وروى عنه لمارق قال : عريب عمر رضي الله عنه ربعة بن أمية بن خاف في الشراب إلى خبير فلحق به رقل فتعصر ، فقال عمر لا أعرب بعده مسلما كما في الفتحة . ولعل المراد أن فعل الحبس أحسن من فعل التعريب فليس المراد تفسير الوارد بذلك بقرينة التعليل فتأمل (قوله لأنه يعود على موضوعه بالنقض) أي لأن المقصود من إقامة الحد المنع عن الفساد . وفي التعريب منع باب الفساد كما عانت ، ففيه نقض وإبطال للمقصود منه شرعا فكأنه شبه المقصود الأصلي بالموضوع وهو محل العرض المختص به أو بموضوع العلم ، وهو ما يبحث فيه عن عوارضه الذاتية كبذل الإنسان لعلم الطب تأمل .

مطلب في الكلام على السياسة

(قوله إلا سياسة وتعزير) أي أنه ليس من الحد ، ويؤيده ما قدمناه من حديث البخاري من عطف وإقامة حد على نفي عام كما أوضحه في الفتحة . وفيه أيضا : لو غلب على ظن الإمام مصلحة في التعريب تعزيرا فله أن يبدله ، وهو محل الواقع للنبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه كما عرفت من نصير بن الحجاج لافتتان النساء بجماله والجمال لا يوجب غيا . وعلى هذا كثير من مشايخ السلوك الصفتين رضي الله عنا جميع ، وحشرنا معهم يغربون

المريد إذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتكسر نفسه وتلين ، مثل هذا المريد أو من هو قريب منه هو الذي ينبغي أن يقع عليه رأى القاضى فى التغريب ، أما من لم يستح وله حال تشهد عليه بغلبة النفس فتنه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه اهـ .

[تنبيه] أشار كلام الفتح إلى أن السياسة لا تختص بالزنا بل تجوز فى كل جنابة ، والرأى فيها إلى الإمام على ما فى الكفاى ، كقتل مبتدع يقوم منه انتشار بدعته وإن لم يحكم بكفره كما فى التمهيد ، وهى مصدر ساس الولى الرعية : أمرهم ونهاهم كما فى القاموس وغيره ، فالسياسة استصلاح الخلق بإرشادهم إلى الطريق المنجى فى الدنيا والآخرة ، فهى من الأنبياء على الخاصة والعامة فى ظاهرهم وباطنهم ، ومن السلاطين والملوك على كل منهم فى ظاهره لا غير ، ومن العلماء ورثة الأنبياء على الخاصة فى باطنهم لا غير كما فى المفردات وغيرها اهـ ومثله فى الدر المنقى .

قلت : وهذا تعريف للسياسة العامة الصادقة على جميع مآشره الله تعالى لعباده من الأحكام الشرعية ، وتستعمل أخص من ذلك مما فيه زجر وتأديب ولو بالقتل ، كما قالوا فى اللوطى والسارق والخانق إذا تكررت منهم ذلك حل قتلهم سياسة وكما مر فى المبتدع ، ولذا عرفها بعضهم بأنها تغليظ جنابة لما حكم شرعى حملا لمادة الفساد ، وقوله لما حكم شرعى معناه أنها داخلة تحت قواعد الشرع وإن لم ينص عليها بخصوصها فإن مدار الشريعة بعد قواعد الإيمان على حسم مواد الفساد لبقاء العالم ، ولذا قال فى البحر : وظاهر كلامهم أن السياسة هى فعل شئ من الحاكم لمصلحة براها وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئى اهـ .

وفى حاشية مسكين عن الحموى : السياسة شرع مطلق ، وهى نوعان : سياسة ظالمة فالشريعة تحرمها . وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم ، وتدفع كثيرا من المظالم ، وتردع أهل الفساد ، وتوصل إلى المقاصد الشرعية فالشريعة توجب المصير إليها والاعتقاد فى إظهار الحق عليها ، وهى باب واسع ، فمن أراد تفصيلها فعليه مراجعة كتاب معى الحكماء للقاضى علاء الدين الأسود الطرابلسى الحنفى اهـ .

قلت : والظاهر أن السياسة والتعزير مترادفان ولذا عطفوا أحدهما على الآخر لبيان التفسير كما وقع فى الهداية والزيلعى وغيرهما ، بل اقتصر فى الجوهر على تسميته تعزيرا ، وسبب أن التعزير تأديب دون الحد من العزير بمعنى الرد والردع وأنه يكون بالضرب وغيره ، ولا يزم أن يكون بمقابلة معصية ولذا بضرب ابن عشر سنين على الصلاة وكذلك السياسة كما مر فى نقي عمر لنصر بن الحجاج ، فإنه ورد أنه قال لعمر : ما ذنبى بأمر المؤمنين ؟ فقال : لا ذنب لك وإنما الذنب لى حيث لا أظهر دار الهجرة منك ، فقد تفاه لافتتان النساء به وإن لم يكن بصنعه ، فهو فعل لمصلحة وهى قطع الامتنان بسببه فى دار الهجرة التى هى من أشرف البقاع ، فقيه رد وردع عن منكر واجب الإزالة ، وقالوا إن التعزير موكول إلى رأى الإمام ، فقد ظهر لك بهذا أن باب التعزير هو المتكفل لأحكام السياسة وسببى بيانه ، وبه علم أن فعل السياسة يكون من القاضى أيضا ، والتعزير بالإمام ليس للاحتراز عن القاضى بل لكونه هو الأصل ، والقاضى نائب عنه فى تنفيذ الأحكام كما مر فى قوله فيسأله الإمام ، وبدأ الإمام برحه ويحذ ذلك ، وفى الدر المنقى عن معين الحكماء : للقضاة تعاطى كثير مع هذه الأمور حتى إدانة الحبس والإغلاظ على أهل الشر بالقمع لهم ، والتحكيف بالطلاق وغيره ، وتحليف الشهود إذا ارتاب منهم ذكره فى الفارغانية ، وتحليف المتهم لاعتبار حاله أو اتهم بسرقة يضرب به ويحبسه الولى والقاضى اهـ وسبب فى باب التعزير أن للقاضى تعزير المتهم ، وصرح الزيلعى قبيل الجهاد أن من السياسة عقوبته إذا غلب على ظنه أنه سارق وأن المسروق عنده ، فقد أجازوا

ولا یجلد) حتی یرأ إلا أن یقع الیأس من برئه فیقام علیه بحر .

(یرقام علی الحامل بعد وضعها) لاقبله أصلاً بل یحبس لو زناها ببینة (فإن کان حدها الرجم رحمت حین وضعت) إلا إذا لم یکن للمولود من یریه فحی یستقی ، ولو ادعت الحبل یربها النساء ، فإن قلنی نعم حبسها سنتین ثم رجمها اختیار (وإن کان الجلد یبعد النفاس) لأنه مرض :

(و) شرائط (إحصان الرجم) سبعة (الحرية والتکلیف) عقل وبلوغ (والإسلام والوطء) وكونه ینکاح صحیح (حال الدخول

قتل النفس بغلبة الظن ، كما إذا دخل علیه رجل شاهراً سيفه وغلب علی ظنه أنه یقتله ، وسیأتی تمام ذلك فی کتاب السرقه (قوله إلا أن یقع الیأس من برئه فیقام علیه) أى بأن یضرب ضرباً خفیفاً یحتمله . وفی الفتح : ولو کان المرض لا یرجى زواله کالسمل أو کان ضعیف الخلق فعدنا وعند الشافعی یضرب بشکال فیہ مائة شمراخ دفعة ، وتقدم فی الأیمان أنه لا بد من وصول السکل إلى بدنه ، ولذا قبل لا بد أن تكون مبسوطه اه : والشکال والمشکول . عقود النحل (قوله لاقبله أصلاً) أى سواء کان حدها الجلد أو الرجم کی لا یردی إلى هلاک الولد لأنه نفس محررة لا جرمه منه متع (قوله إلا إذا لم یکن الخ) هذه رواية عن الإمام اقتصر علیها صاحب المختار : قال فی البحر : وظاهره أنها هی المذهب . وفی النهر : ولعمری إنها من الحسن بمكان اه وفی حدیث الغامدية : أنه صلى الله علیه وسلم رجمها بعد ما فطنت . وفی حدیث آخر قال لا یرجمها وندع ولدها صغیراً لیس له من یرضعه ، فقال له رجل من الأصهار : إلى رضائه فرجمها ، قال فی الفتح : وهذا یقتضی أن الرجم عند الوضع ، بخلاف الأول والطریقان ، وسلم وهذا أصح طریق الخ (قوله فحی یستقی) عبارة الفتح حتی تطفله (قوله حبسها سنتین) أى إذا ثبت زناها بالبینة کامرط :

مطالب شرائط الإحصان

(قوله وشرائط إحصان الرجم) الإضافة بیانية : أى الشرائط الی هی الإحصان ، فالإحصان هو الأمور المذکورة نهی أجزاؤه ، وقید بالرجم لأن إحصان النذف غیر هذا كما سیأتی فتح ماخصاً (قوله عقل وبلوغ) بدل من قوله والتکلیف وبیان له .

واعترض بأن التکلیف شرط لکون الفعل زناً . لأن فعل الصبی والمجنون لیس بزناً أصلاً : وأجاب فی البحر بأنه إنما جعله شرط الإحصان لأجل قوله کونهما بصفة الإحصان اه یعنی أنه شرط باعتبار أن الزانی لو کان رجلاً مثلاً فلا رجم إلا إذا کان قد وطئ زوجة له مکلفة ، فکونها مکلفة شرط فی کونه محصناً لاقی کون فعله الذی فعله مع الأجنبية زناً ولذا لم یجلد به إذا لم تكن زوجته مکلفة ولا یرجم لعدم إحصانه (قوله والإسلام) لحدیث : من أشرك بالله فلیس بمحصن ، ورجعه صلى الله علیه وسلم للیهودیین إنما کان بحکم التوراة قبل نزول آية الرجم ثم نسخ بحر ، وتحقیقه فی الفتح ، وخالف فی هذا الشرط أبو یوسف والشافعی (قوله والوطء) أى الإیلاج وإن لم یزول كما فی الفتح وغیره (قوله وكونه ینکاح صحیح) خرج الفاسد کالنکاح بغیر شهود فلا یكون به محصناً . ویثنی أن یزید اتفاقاً لما سیدکره المصنف قبیل حد الشرب أنه لو کان بلا ولی لا یكون محصناً عند الثانی تأمل (قوله حال الدخول) متعلق بقوله صحیح . قال فی الفتح : یعنی تكون الصحة قائمة حال الدخول حتی لو تزوج من علق طلاقاً بزوجه یكون النکاح صحیحاً ، فلو دخل بها عقبه لا یصیر محصناً لو قوع الطلاق قبله اه وتبعه فی النهر :

(و) كونهما (بصفة الإحصان) المذكورة وقت الوطء ، فإحصان كل منهما شرط لصيرورة الآخر محصنا ، فلو نكح أمة أو الحرة عبدا فلا إحصان إلا أن يطأها بعد العتق فيحصل الإحصان به لا بما قبله ، حتى لو زنى ذمی بمسلمة ثم أسلم لا يرجع بل يجلد . وبقي شرط آخر ذكره ابن كمال ، وهو أن لا يبطل إحصانها بالارتداد ، فلو ارتد ثم أسلم لم يعد إلا بالدخول بعده ، ولو بطل بجهنم أو عته عاد بالإفاقة ،

قلت : ومقتضاه أن الوطء حصل في نكاح لكنه غير صحيح مع أنه لم يحصل في النكاح أصلا ، فالأولى أن يكون احترازا عما لو وطئ في نكاح موقوف على الإجازة ثم أجازت المرأة العقد أو ولي الصغيرة فلا يكون بهذا الوطء محصنا وإن كان العقد صحيحا لأنه وطئ في عقد لم يصح إلا بعده لافي حالة الوطء نأمل (قوله وكونهما) أي الزوجين المفهومين من قوله والوطء بنكاح صحيح ، وفي هذا الحل إصلاح لعبارة المتى فإنها لا تنميد اشتراط إحصان كل منهما لإحصان الآخر ، وفيه خلاف الشافعي .

قلت : وقد يكون أحدهما محصنا دون الآخر كما لو خلا بها وأقر بأنه وطنها أو بأنها كانت مسلمة وأنكرت فإذا زنى يرجم لأنه محصن بإقراره كما سيأتي قبيل حد الشرب (قوله فلو نكح أمة الخ) تفريع على الشرع الأخير : أي لو نكح الحر أمة أو العبد حرة ووطنها لم يكن واحد منهما محصنا إلا أن يطأها بعد العتق في الصورتين بحيث يحصل لكل منهما الإحصان بهذا الوطء لانصاف كل منهما بصفة الإحصان وقته ، حتى لو زنى أحدهما بعد هذا الوطء يرجم ، بخلاف الوطء الحاصل قبل العتق ، وكذا لو دخل الحر المكلف المسلم بمكروه الكافر أو المجنون أو الصغيرة لم يكن أحدهما محصنا إلا أن يطأها ثانيا بعد إسلامها أو إفاقتها أو بوجع ، وكذا لو كان الزوج صبيا أو مجنونا أو كافرا وهي حرة مكلفة مسلمة ، حتى لو دخل بها الزوج وهو كذلك . ردت لا يرجع لعدم إحصانها : وصورة كون زوج المسلمة كافرا كما في الفتح أن يكونا كافرين فتسلم هي فيه . قبل عوصر القاضي الإسلام عليه وإبائه فإنهما زوجان مالم يفرق القاضي بينهما بإبائه اهـ .

[تنبيه] اشتراط إحصان كل من الزوجين للرجم لا ينافي قولهم كما يأتي قبيل حد الشرب إذا كان أحد الزائنين محصنا دون الآخر يرجم المحصن ويجلد غير المحصن ، لأن المراد أن الرجل إذا كان محصنا الإحصان المذكور بشروطه ثم زنى بامرأة فإنه يرجم ، ثم المرأة المترى بها إذا كانت محصنة مثله ترجم أيضا وإلا فتجند ، وكذا المرأة إذا كانت محصنة الإحصان المذكور ثم زنت يرجل (قوله حتى لو زنى ذمی بمسلمة الخ) أطلق الذي فحمل لو كان له زوجة دخل بها أولا ، وكون المترى بها مسلمة غير قيد ، وإنما لم يرجع لعدم إحصانه لكونه غير مسلم وقت الفعل وإن صار محصنا بعد إسلامه كما يفهم من الإطلاق ، فيفيد أنه لا بد في الرجم من كونه مسلما وقت الزنا ، وكذا الحرية ، حتى لو أسلم أو أعتق بعد الزنا ثم صار محصنا لا يرجع بل يجلد ، فالمراد بهذا التفريع بيان هذه الفائدة مع تأويل ما وقع في فتاوى قارئ الهداية كما أفاده في النهر ، حيث قال بعد تقرير شرائط الإحصان . وهذا يقتضي أن الذي لو زنى بمسلمة ثم أسلم لا يرجع . ولا يعارضه ما في فتاوى قارئ الهداية من أنه لو زنى أو سرق ثم أسلم إن ثبت ذلك بإقراره أو بشهادة المسلمين لا يبرأ عنه الحد ، وإن بشهادة أهل الذمة لا يقيم عليه الحد لأنه أراد بالحد هنا الجلد اهـ (قوله فلو ارتد ثم أسلم الخ) عزاه ابن السكال إلى شرح الطحاوي ومنه في الفتح ، وقيد بارتدادها معا في الفتح أي ليعود النكاح بعدوها إلى الإسلام بلا تجدد عقد آخر .

يقى لو ارتد أحدهما : في النهر : ومن عمد لو لحقت الزوجة بدار الحرب مرتدة وسببت لا يبطل إحصان الزوج كذا في المحيط اهـ وهو ظاهر لما يأتي من أنه لا يجب بقاء النكاح لبقاء الإحصان وظاهره أنه يبطل إحصانها

وقبل بالوطء بعده (و) اعلم أنه (لا يجب بقاء النكاح لبقائه) أى الإحصان ، فلو نكح في عمره مرة ثم طلق وبقي مجردا وزنى وجم ، ونظم بعضهم الشروط فقال :

شروط الإحصان أتت ستة
بلوغ وعقل وحرية
وعقد صحيح ووطء مباح
فخذها عن النص مستغنى
ورابعها كونه مسلما
متى اختلف شرط فلا يرجح

باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه

لقيام الشبهة بالحديث ، ادرموا الحدود بالشبهات ما استطعتم .
(الشبهة ما يشبه) الشيء (الثابت وليس بثابت) في نفس الأمر (وهي ثلاثة أنواع: شبهة) حكيمة (في المحل

وإن عادت مسئلة ولذا قال : لو أسلم لم يعد إلا بالدخول بعد : أى لا بد من تحقق شروط الإحصان عند وطء
آخر بعد الإسلام . فعمل أن الردة تبطل اعتبار الوطء بالنكاح الصحيح ، وإذا بطل اعتباره بطل الإحصان سواء
كان المرتد كلا منهما معا أو أحدهما ، لكن إذا ارتد أحدهما ثم أسلم لا يصير محصنا إلا بتجديد عقده عليها أو على
غيرها ويطؤها بعده وهما بصفة الإحصان فيعود له إحصان جديد لأن الردة أبطلت الإحصان السابق (قوله
وقبل بالوطء بعده) نسبة في الزهر واليهر إلى أبى يوسف (قوله واعلم الخ) ذكر هذه المسألة في الدرر (قوله
هو نكح في عمره مرة) أى ودخل بها درر (قوله ثم طلق) عبارة الدرر : ثم زال النكاح ، وهي أهم لشوغلها
بإوان النكاح موتها أو ردها أو نحو ذلك (قوله ونظم بعضهم الخ) نقله القاضى زين الدين بن رشيد صاحب
العمدة عن النكحائى المالكي كما في الثاني ، ويوجد في بعض النسخ شروط الحصانة في ستة أط :

أقول : وهذا هو الصواب ، لأن الشطر الأول الذى ذكره الشارح من بحر السريع والبقية مع بحر المتقارب
ناهم ، وقوله في آخر الأبيات فلا يرجح بالياء المثناة التحتية كما رأينا في النسخ ، وينبغي أن يكون بالفوقية
ولا ناهية وأصله لا ترجح بنون التوكيد المخففة قلبت ألفا ، إذ أو كانت لانافية وجب الرفع ، ولعل اقتصار الناظم
على لشروط الستة لكونها مذهب المالكية وزيد عليها عندنا كونها بصفة الإحصان وقت الوطء وعدم
الارتداد فصارت ثمانية ، ويزاد كون العقد صحيحا فصير تسعة ، وقد غيرت هذا النظم جامعا للتسعة فقلت :

شروط الإحصان تسع أت
بلوغ وعقل وحرية
ووطء بعقد صحيح لمن
متى اختلف شرط فلا ترجح
ودين (١) وقد ارتدادها
شدت مثله في الذى قلنا

باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه

(قوله لقيام الشبهة) علة لقوله لا يوجبه (قوله بالحديث) علة لما فهم من العلة الأولى ، وهو أن الحد لا يثبت
عند قيام الشبهة . وطعن بعض الظاهرية في الحديث بأنه لم يثبت مرفوعا . والجواب أن له حكم الرفع لأن
إسقاط الواجب بعد ثبوته بالشبهة خلاف مقتضى العقل . وأيضا في إجماع فقهاء الأمصار على الحكم المذكور
كفاية ، ولذا قال بعضهم : إن الحديث متفق عليه ، وأيضا تلقته الأمة بالقبول . وفي تنقيح المروى عن النبي صلى
الله عليه وسلم وعن أصحابه من تلقين ما هو وغيره الرجوع احتيالا للدرء بعد الثبوت ما يفيد القطع بثبوت الحكم ،
وتمامه في الفتح (قوله ثلاثة أنواع) يأتي بيانا (قوله في الأصل) هو الموطوءة كما في العيني والشافعي وغيرهما ، فقوله

(١) (قرأه ودين الخ) وجد خطه في نسخة بدل هذا الشطر . ودين يوم به مسلما . ولعله نسخة أخرى له .

وشبهة (اشقياء) (في الفعل ، وشبهة في العقد) والتحقيق دخول هذه في الأوليين وسنحققه (فإن ادعاهما) أي الشبهة (وبرهن قبل) برهانه (وسقط الحد وكذا يسقط) أيضا (بمجرد دعواها إلا في) دعوى (لإكراه) خاصة (فلا بد من البرهان) لأنه دعوى بفعل الغير فيلزم ثبوته بمجر (لأحد) (بلازم) (بشبهة المحل) أي الملك وتسمى شبهة حككية أي الثابت حكم الشرع بمحله (وإن ظن حرمة كوطء أمة ولده وولد ولده) وإن سفل ولو ولده حيا فتح ، لحديث « أنت ومالك لأبيك » (ومعتدة الكتابات) ولو خلعا خلا عن مال

الآتي : أي الملك بمعنى المملوك (قوله وبرهن) أي على أنها أمة ولده أو أمة أحد أبويه مثلا (قوله وكذا يسقط بمجرد دعواها) أي دعوى الشبهة ، وهذا يقتضي عما قبله لاتفهامه منه بالأولى (قوله إلا في دعوى الإكراه الخ) قلت : الظاهر في وجه الفرق أن الإكراه لا يخرج الفعل عن كونه زنا ، وإنما هو غير مسقط للحد وإن لم يسقط الإنم كما يسقط القصاص بالإكراه على القتل دون الإنم فلا يقبل قوله بمجرد دعواه ، بخلاف دعواه شبهة من شبه الثلاث لأنه ينكر السبب الموجب للحد ، فإن دعواه أنه تزوجها أو أنها أمة ولده إنكار لو طء الحلي عن الملك وشبهته ، فلذا قبل قوله بلا برهان تأمل . والظاهر أن لزوم البرهان على الإكراه خاص بما إذا ثبت ربه بالبين لا بإقراره (قوله لأحد بلازم) أي ثابت .

مطلب في بيان شبهة المحل

(قوله بشبهة المحل) هو الموطوءة كما دهرى المتأنية للحرمة ذاتا ، هي معنى « ما » ونظرنا إلى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون متافيا للحرمة نهر ، يعني أن النظر إلى ذات الدليل يبي حرمة وبشت المحل مع قطع النظر عن المانع كما في القهستاني .

وحاصله أنها وجد فيها دليل مثبت للحل لكنه عارضه مانع فأورث هذا الدليل شبهة في الحل (قوله على) فيها على معنى في . وقال الزيلعي : أي لا يجب الحد بشبهة وجدت في المحل وإن علم حرمة له شبهة إذ كانت في الموطوءة ثبت فيها الملك من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها ، وهذا لأن الدليل المنبثق للحل قائم وإن تخلف عن إثباته حقيقة المانع فأورث شبهة فلهذا سمي هذا النوع شبهة في المحل ، لأنها نشأت عن دليل موجب للحل في المحل ، بيانه قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » يقتضي الملك لأن اللام فيه للملك اه أي وقد عارضه مانع من إرادة حقيقة الملك وهو الإجماع على عدم إرادته حقيقة فثبتت الشبهة عملا باللام بقدر الإمكان (قوله أي الملك) بمعنى المملوك ، فلا ينافي تفسيره أيضا بالموطوءة فاهم : أي شبهة كون المحل مملوكا له أو المصدر بمعنى المالكية أي كونه الكالة (قوله وتسمى شبهة حككية) لكون الثالث فيها شبهة بالحكم .

(قوله أي الثابت حكم الشرع بمحله) ينصب الثابت على أن ذلك تفسير لقوله شبهة حككية ، أو يجره على أنه تفسير لقوله شبهة المحل وصغير حله للمحل . وعبارة الفتح وشبهة في المحل ، وتسمى شبهة حككية وشبهة ملك أي الثابت شبهة حكم الشرع بمحل المحل ، فأسقط الشارح لفظ شبهة ولا بد منه لأن نفس حكم الشرع بمحله لم يثبت وإنما الثابت شبهته يعني أنها هي التي ثبت فيها شبهة الحكم بالمحل لاحقيته لكون دليل المحل عارضه مانع كما دهر (قوله ولو ولده حيا) مبالغة على قوله وولد ولده ج . وتعام عبارة الفتح : وإن لم يكن له ولاية تملك مال ابن ابنه حال قيام ابنه ، وتقدمت هذه المسألة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستيلاء اه وسنذكر أنه لا يثبت فيها القسب من الجلد إذا كان ولده حيا (قوله لحديث الخ) رواه ابن ماجه عن جابر بسند صحيح ، وتعام في الفتح ، وذكر فيه قصة (قوله ولو خلعا خلا عن مال) أما لو كانت بغير لفظ الخلع فهي داخلة بالأولى ، وقد يكون الخلع

وإن نوى بها ثلاثاً نهر؛ لقول عمر رضي الله عنه: الكتائب رواجع (و) وط (البائع) الأمة (المبيعة والزوج) الأمة (المهورة قبل تسليمها) لمشر وزوجة وكذا بعده في الفاسد (ووط الشريك) أى أحد الشريكين (الجارية المشتركة و) وط (جارية مكاتبه وعبد المأذون له وعليه دين يحيط بماله ورقبته) زبلى (ووطه جارية من الغنمة بعد الإحراز) بدارتا (أو قبله) ووط جاريته قبل الاستبراء ، والتي فيها خيار للمشتري ،

خلا عن مال لأنه لو كان على مال لم يكن من هذا القسم بل يكون من شبهة الفعل الآتية ، فلا ينفي عنه الحد إلا إذا ظن الحل كما في المطلقة ثلاثاً لأنه لم يقل أحد إن المختلة على مال تقع فرقها طلاقاً رجعيًا ، وإنما اختلف الصحابة في كونها فسخاً أو طلاقاً ، يعنى بائناً فاحرمه ثابتة على كل حال ، وبهذا يعرف خطأ مع بحث : وقال يئني جعلها من شبهة الحكمة ، هذا حاصل ما حققه في فتح القدير ، ويشهد له قوله في الهداية : والمختلة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع ، ومثله في البحر عن البدائع : وبه يعلم أن ما نقله قبله عن جامع النسبي من أنه لاحد وإن علم الحرمة لاختلاف الصحابة في كونه بائناً محمول على ما إذا كان الخلع بلا مال ، كما أن ما في المحتجب من أن المختلة يئني أن تكون كالمطلقة ثلاثاً لحرمتها إجماعاً محمول على ما إذا كان بمال توفيقاً بين كلامهم فافهم (قوله وإن نوى بها ثلاثاً) أى بالكتائب ، فلا يحد بوطها في العدة وإن قال علمت أنها حرام لتحقيق الاختلاف ، لأن دليل المخالف قائم وإن كان غير معمول به عندنا أفاده في الفتح ثم قال : وفي هذه المسألة يقال مطلقة ثلاث وطئت في العدة وقال علمت حرمتها لا يحد (قوله المهورة) أى التي جعلها مهراً لزوجته (قوله قبل تسليمها لمشر وزوجة) لغ ونشر مرتب لأيهما في ضمان البائع أو الزوج وتعودان إلى ملكه بالملك قبل التسليم وكان مسلطاً على الوطه بالملك والبد ، وقد بقيت اليد فتبقى شبهة زبلى (قوله وكذا بعده في الفاسد) الأولى أن يقول وكذا في الفاسد ولو بعده : أى بعد التسليم . قال في البحر : أما قبله فلبقاء الملك ، وأما بعده فلائن له حتى الفسخ فله حق الملك اه .

وقد يقال : إن وطه البائع في الفاسد قبل التسليم ليس مما نحن فيه لأنه وطه في حقيقة الملك لا في شبهته ، فقوله بعده للاحتراز عما قبله تأمل (قوله ووطه الشريك الخ) لأن ملكه في البعض ثابت فتكون شبهة فيها أظهر زبلى ، وهذا إذا لم يكن أعنفها أحد الشريكين وإلا ففيه تفصيل مذكور في الهداية (قوله ووطه جارية مكاتبه وعبد الخ) لأن له حقاً في كسب عبده فكان شبهة في حقه زبلى ، وأما غير المدبوع فهو على ملك سيده (قوله ووطه جارية من الغنمة) أى وطه أحد الغنمين قبل القسمة كما في البحر عن البدائع . قال ح : وسأني في كتاب السرقة عن الغاية بحثاً عدم قطع من سرق من المغنم وإن لم يكن له حق فيه لأنه مباح الأصل فصار شبهة فكان يئني الإطلاق هنا أيضاً تأمل اه .

قلت : وفيه أن ما كان مباح الأصل هو ما يوجد في دار الإسلام تافها مباحاً كالصيد والحشيش فهذا لا يقطع به وإن ملك وسرق من حرز ، وجارية المغنم ليست كذلك وإلا لزم أن لا يقطع بها ولو بعد الإحراز والقسمة ، وكذا لو زنى بها تأمل (قوله ووطه جاريته قبل الاستبراء) هذه من زيادات الفتح . وفيه أن الملك فيها كامل من كل وجه إلا أنه منع من وطه لها خوفاً اشتباه النسب ، والكلام في وطه حرام سقط فيه الحد لشبهه الملك ، وهذه فيها حقيقة الملك فكانت كوطه الزوجة الحائض والنفساء والصائغة والحرمة مما منع من وطهها لعراض الأذى أو إفساد العبادة مع قيام الملك ، إلا أن يراد بشبهه الملك ملك الوطه لا ملك الرقبة فليتأمل (قوله والتي فيها خيار للمشتري) أى إذا وطهها البائع واقتصر على ذكر المشتري لأنه يعلم منه ما إذا كان الخيار للبائع بالأولى لأنه لم يحد

والتي هي أخته رضاعا وزوجة حرمته بردها أو مطاوعتها لابنته أو جماعة لأهلها أو بنتها لأن من الأئمة من لم يحرم به وغير ذلك كما لا يخفى على المتفيع ، قد دعوى الحصر في ستة مواضع متنوعة .
(و) لاحد أيضا (بشبهة الفعل) وتسمى شبهة اشتباه : أي شبهة في حق من حصل له اشتباه (وإن ظن حله) العبرة لدعوى الظن وإن لم يحصل له الظن ، ولو ادعاه أحدهما فقط لم يحد حتى يقرأ جميعا بعلمهما بالحكمة نهر (كوطء أمة أبويه) وإن عليا شفى

إذا كان للبائع لبقاء ملكه ، وإن كان للمشتري فلأن المبيع لم يخرج عن ملكه بآئمه بالكلية كما في البحر أفاده ط .

وقد يقال : إن المناسب أن لا يذكر خيار البائع لأن وطأه في حقيقة المالك لاقى شبهته نظير ما مر ، فكان الأولى ما ذكره الشارح ، ويفهم منه ما إذا كان الخيار لهما أو لأجنبي فافهم . وفي التارخانية : ولو باع جارية على أنه بالخيار فوطئها المشتري أو كان الخيار للمشتري فوطئها البائع فإنه لا يحد علم بالحكمة أو لم يعلم (قوله والتي هي أخته رضاعا) أي ووطء أمة التي هي أخته رضاعا .

قلت : ومثلها أمة المحبوسة والتي تحته أختها لوجود الملك فيهما أيضا مع أرحمتهما غير مؤداة تأمل (قوله من لم يحرم به) أي بالمذكور من الردة وما بعدها ، أما الردة فقد تقدم في كتاب النكاح أن مشايخ بيغ أفتا بعد الفرقة بردها ، وأما فيما بعدها فلخلاف الشافعي رحمه الله تعالى (ح) (قوله وغير ذلك) منه ، ذكرناه من اجوب والتي تحته أختها (قوله قد دعوى الحصر) أي المفهوم من قول الهداية وغيرها والشبهة في الخل في ستة مواضع

مطلب في بيان شبهة الفعل

(قوله شبهة الفعل) أي الشبهة في الفعل الذي هو الوطء حيث كان مما قد يشبه عليه حرمة لاقى محله وهو الموطوء لأن حرمة المحل هنا مقطوع بها إذ لم يقم فيه دليل ملك عارضه غيره فلم يكن في حل المحل شبهة أصلا (قوله أي شبهة في حق من حصل له اشتباه) هو معنى قول المصنف إن ظن حله ، لأن من ظن الحل فقد اشتبه عليه الأمر ولذا قال في المفتح إنها تتحقق في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة إذ لا دليل في السمع بفيد الحل ، بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن أن جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدمها حلال فلا بد من الظن وإلا فلا شبهة أصلا لفرض أن لا دليل أصلا لتثبت الشبهة في نفس الأمر ، فلم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة أصلا (قوله إن ظن حله) شرط لقوله ولا حد الخ فتنبى الحد هنا مشروط بظن الحل لما علمت أن هذا الظن هو الشبهة لعدم دليل قائم تثبت به الشبهة ، فلم يظن الحل شبهة أصلا بخلاف ما مر فإن الشبهة فيه جاءت من دليل حل المحل فلا حاجة فيه إلى ظن الحل قلنا اتفق الحد فيه سواء ظن الحل أولا (قوله العبرة لدعوى الظن الخ) أي لا للظن نفسه فإنه يحد إن لم يدع وإن حصل له الظن ، ولا يحد إن ادعى وإن لم يحصل له الظن ابن كمال ، وفيه تورك على عبارة المصنف ، لكن لا يخفى أن الظن أمر باطن لا يعلمه القاضي إلا بدعوى صاحبه ، فقوله إن ظن حله : أي إن علم القاضي أنه ظن الحل يدرك منه الحد وذلك لا يكون إلا بدعواه وإخباره (قوله ولو ادعاه أحدهما الخ) لأن الشبهة إذا تمكنت في الفعل من أحد الجانبين تعدى إلى الجانب الآخر ضرورة بحر (قوله كوطء أمة أبويه الخ) لأن بين الإنسان وبين أبويه وزوجته وسيدته انبساطا في الانتفاع بماله واستخدام جوارهم ، فكان مظنة حل الوطء على توهم أنه من الاستخدام ، وكذا بقاء أثر الفرائض في المعتدة من وجوب النفقة وحرمة تزوج أختها مظنة لتوهم حل وطئها ، وقيد بالأمة لما في انفائية : لو زنى بامرأة الأب أو الجد فإنه يحد وإن قال ظننت أنها تحل لي

(ومعتمدة الثلاث) ولو جملة (وأمة امرأته وأمة سيده) ووطء (المرتهن) الأمة (الموهونة) في رواية كتاب الحدود: وهي المختار زيلعي. وفي الهداية: المستعبر للرهن كالمرتهن وسيجيء حكم المستأجرة والمغصوبة، وينبغي أن الموقوفة عليه كالموهونة نهر (و) معتمدة (الطلاق على مال) وكذا المختلعة على الصحيح بدائع ومعتمدة (الإعتاق) والحال أنها (هي أم ولده، و) الواطي (إن ادعى النصب يثبت في الأولى) شبهة المحل (لأني الثانية) أي شبهة الفعل

(قوله ومعتمدة الثلاث) هذا إذا لم ينو الثلاث بالكنائيات، إذ لو نواها بها كان من شبهة المحل كما قدمه عن النهر (قوله ولو جملة) أي ولو كان نطليقه اثلاث بلفظ واحد فلا يسقط عنده الحد إلا إن ادعى ظن المحل وكذا لو أوقع الثلاث منفردة بالطريق الأولى إذ لم يخالف فيه أحد لأن القرآن ناطق بانتفاء المحل بعد الثالثة فلم يبق شبهة في حل المحل، ولا اعتبار بخلاف من أكره وقوع الجملة غلظته للقطعي، وهو إجماع الصحابة الذي تقرر في زمن عمر، لكن يشكل ما في نكاح اهداية من أن الحد لا يجب بوطء المطلقة بائنا واحدة أو ثلاثا مع العلم بالحرمة على إشارة كتاب الطلاق.

وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لأن الملك قد زال حتى الحل فيحقق الزنا اه. ووفق في البحر بحمل إشارة كتاب الطلاق على ما إذا أوقع الثلاث جملة، وحمل عبارة الحدود على ما إذا أوقعها منفردة لأن إيقاعها جملة يخالف فيه الصاهرة: أي فيكون من شبهة المحل فلا يجد وإن اعتقد الحرمة لشبهة الدليل.

واعترضه بأن المصرح به في الفتح وغيره الجزم بأنها من شبهة الفعل وعدم اعتبار الخلاف بعد انعقاد الإجماع، وبأن الإشارة لاتعارض العبارة.

قلت: على أنه يمكن التوفيق بوجه آخر وهو حمل الإشارة على ما إذا كان الطلاق البائن بلفظ الكنائيات والعبارة على ما إذا كان بلفظ الصريح، والله أعلم (قوله في رواية كتاب الحدود) أي أن محمدا ذكرها في كتاب الحدود من مسائل شبهة الفعل، وذكر في كتاب الرهن أنها من شبهة المحل.

قال في البحر: والحاصل أنه إذا ظن المحل فلا حد باتفاق الروايين، والخلاف فيها إذا علم الحرمة، والأصح وجوبه وذكر في الإيضاح وجوبه وإن ظن المحل وهو مخالف لعامة الروايات:

مطلب الحكم المذكور في بابه أولى من المذكور في غير بابه

قال في الدر المنثور: واستفيد منه أن الحكم المذكور في بابه أولى من المذكور في غير بابه: لأنه كأنه استطراد هكذا كان أفادنيه والذي فليحفظ (قوله وهي المختار) وفي الهداية: وهي الأصح، وتبعه الشارحون لأن عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال لأنه إنما يفيد له الملك بعد الهلاك فيصير به مستوفيا لحقه لكنه بعد الهلاك لا يملك المتعة أي الوطء. ومقتضى هذا وجوب الحد وإن ظن المحل، لكن لما كان الاستيفاء سببا لملك المال وملك المال سببا لملك المتعة في الجملة حصل الاشتباه ذخيرة. (قوله المستعبر للرهن) اللام للتعليل: أي الذي استعار أمة ليرهنها لا للتعدي حتى يكون المعنى استعار أمة مرهونة من المرتهن أحم. والمناسب أن يقول لا للثقوية لأن اسم الفاعل هنا متعد بنفسه، تقول أنا مستعبر فرسا فإذا قلت مستعبر للفرس كانت زائدة لثقوية العامل كقوله تعالى - مصدقا لما معهم - ولعل وجه كون المستعبر بمنزلة المرتهن هو أنه إذا استعار شيئا ليرهنه بكلا ثم هلك عند المرتهن صار مستوفيا لدينه ووجب مثل الدين للمعبر على المستعبر لأنه صار قاضيا دينه بالرهن كما تقرر في محله، فإذا غرم مثله للمعبر صار مالكا له فكان بمنزلة المرتهن تأمل (قوله وسيجيء) أي في هذا الباب (قوله وكذا المختلعة) أي على مال لأنه لو كان خطما خلا عن مال كان من شبهة المحل كما قدمه عن النهر (قوله يثبت في الأولى) هذا في غير الجلد إذا وطئ بجارية ابن ابنه وابنه حتى، لأن الجلد لا يملكها حال حياة الأب

تحمضه زنا (إلا في المطلقة ثلاثا بشرطه) بأن تلد لأقل من سنتين لا لأكثر إلا بدعوة كما مر في بابه، وكذا المختلعة والمطلقة بعوض بالأولى نهاية (و) إلا (في وطء امرأة زفت) إليه (وقال النساء هي زوجتك ولم تكن كذلك) معتمدا خبر من ثبتت نسبه بالدعوة بحر .
(و) لاحد أيضا (بشبهة العقد) أي عقد النكاح (عنده) أي الإمام (كوطء محرم نكحها)

فلا يثبت النسب بدعوى الجدة ، نعم إن صدقه ابن الابن عتق لزمه أنه عمه ، وما في النهاية من أنه يثبت نسبه غلط كما حققه في الفتح (قوله لتحمضه زنا) لأنه لاشبهة ملك فيه بل سقط الحد لقلته فضلا من الله تعالى ، وهو راجع إليه : أي إلى الوطئ ، لا إلى المحل فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت النسب بهذا الوطء ولذا لا يثبت به عدة لأنه لأعدة من الزنا فتصح (قوله بشرطه) أي بشرط الثبوت ، والمناسب إسقاطه كما يظهر قريبا (قوله بأن تلد الخ) بدل من قوله بشرطه . قال ح : ويحمل على وطء سابق على الطلاق كما تقدم في باب ثبوت النسب . ولا نقول إنه انعقد من هذا الوطء الحرام حيث أمكن حله على الحلال (قوله للأكثر) ومثل الأكثر تمام السنتين ح (قوله كما مر في بابه) من أنه لا يثبت النسب في المطلقة ثلاثا بعد سنتين إلا بدعوة ح :

قلت : ويحصل من هذا أنه إذا ادعى الولد يثبت النسب سواء ولدت لأقل من سنتين أو لأكثر وإن لزم الوطء في العدة لوجود شبهة العقد ، وأما بدون الدعوى فلا يثبت إلا إذا ولدت لأقل من سنتين حملا على أنه بوطء سابق على الطلاق ، فقول المصنف بشرطه لا محل له لأن كلامه فيما إذا ادعى النسب وفيه يثبت مطلقا كما علمت ، وهو الذي حرره في الفتح وتبعه في البحر (قوله بالأولى) لأنها أقل من الثلاث ط فإن حرمة الثلاث تريل حل المحبة ولذا لا محل له إلا بعد زوج آخر (قوله وإلا في وطء امرأة الخ) الاستثناء في هذه مبني على أنها من شبهة الاشتباه أي شبهة الفعل ، وعليه مني الزيلعي ، وكذا صاحب البحر أولا ، وقيل إنها شبهة محل ، وذكر في الفتح أولا أنه الأوجه لأن قولن هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء لقبول قول الواحد في المعاملات ، ولذا حل وطء من قالت أرساني مولاي هدية إليك . ثم قال : والحق أنه شبهة اشتباه لأن الدليل المعتبر فيها ما ينصى ثبوت الملك لا ما يطلق شرعا مجرد الوطء اه ملخصا فتأمل (قوله وقال النساء) الجمع غير قيد كما يأتي (قوله فيثبت نسبه بالدعوة بحر) لفظ بالدعوة الخ يوجد في بعض النسخ : وهو غير لازم لأن أصل الكلام فيه .

مطلب في بيان شبهة العقد

(قوله بشبهة العقد) أي ما وجد فيه العقد صورة لاحقة لأن الشبهة كما مر ، يشبه الثابت وليس بثابت فخرج ما وجد فيه العقد حقيقة ، ولذا قال في التارخانية : وإذا كان الوطء بملك النكاح أو بملك عيّن والحرمه بعارض آخر فذلك لا يوجب الحد نحو الحائض والنفساء والصائمة صوم الفرض والمهرمة والموطوءة بشبهة والتي ظاهر منها أو آلى منها فوطئها في العدة لاحد عليه ، وكذا الأمة المملوكة إذا كانت محرمة عليه برضاع أو مصاهرة أو لكون أختها مثلا في نكاحه أو هي مجوسية أو مرتدة فلا حد عليه وإن علم الحرمة اه :

(قوله كوطء محرم نكحها) أي عقد عليها أطلق في المحرم فشمحل المحرم نسبا ورضاها وصهرية ، وأشار إلى أنه لو عقد على منكوبة الغير أو معتدته أو مطلقة الثلاث أو أمة على حرة أو زوج مجوسية أو أمة بلا إذن سيدها أو زوج العبد بلا إذن سيده أو تزوج خسا في عدة فوطئهن أو جمع بين أختين في عدة فوطئهما أو الأخيرة لو كان متعاقبا بعد التزوج فإنه لاحد وهو بالاتفاق على الأظهر . أما عنده فظاهر ، وأما عندهما فلا الشبهة إنما تنفي عندهما إذا كان جمعا على تحريره وهي محرمة على التأيد بحر :

وقالا إن علم الحرمة حد ، وعليه الفتوى خلاصة ، لكن المراجع في جميع الشروح قول الإمام فكان الفتوى عليه أولى قاله قاسم في تصحيحه ، لكن في القهستاني عن المصنعات على قولهما الفتوى ، وحرر في الفتح أنها من شبهة المحل وفيها يثبت النسب كما مر (أو) وط في (نكاح بغير شهود) لاحد لشبهة العقد . وفي المجتبى : تزوج ببحرمة أو منكوحة الغير أو معتدته ووطئها طائفاً المحل لا يحد ويعزر ، وإن طائفاً الحرمة

قلت . وهذا هو الذي حرره في ففتح القدير وقال إن الذين يعتمد على نقلهم وتخبرهم كابن المنذر ذكروا أنه إنما يحد عندهما في ذات المحرم لافي غير ذلك كمجوسية وخامسة ومعتدة ، وكذا عبارة الكافي لما تم تفهيد حيث قال زوج امرأة من لا يجل له نكاحها فدخل بها لاحد عليه وإن فعله على علم لم يحد أيضاً ويوجب عقوبة في قول أبي حنيفة . وقالوا : إن علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم اه فعمم في المرأة على قوله ثم خص على قولهما بذوات المحرم (قوله وقال الخ) مدار الخلاف على ثبوت محابة النكاح للمحارم وعدمه ، فعنده هي ثابتة على معنى أنها على نفس العقد لا بالنظر إلى خصوص عاقد لقبولها مقاصده من التوالد فأورث شبهة ونفيها على معنى أنها ليست محل العقد هذا العاقد فلم يورث شبهة ونعامة في الفتح والهر (قوله إن علم الحرمة حد) أما إن ظن المحل فلا يحد بالإجماع ويعزر كافي الظهيرية وغيرها .

مطلب إذا استحل المحرم على وجه الظن لا يكفر ، كما لو ظن علم التيب

وعلم من مسائلهم هنا أن من استحل ما حرمه الله تعالى على وجه الظن لا يكفر ، وإنما يكفر إذا اعتقد الحرام حالاً . ونظيره ما ذكره القرطبي في شرح مسلم أن ظن الغيب جائز كظن المنجم والرمال بوقوع شيء في المستقبل تجربة أمر عادي فهو ظن صادق والممنوع ادعاء علم الغيب . والظاهر أن ادعاء ظن الغيب حرام لا كافر ، بخلاف ادعاء العلم ، وسنوضحه في الردة بحر (قوله لكن في القهستاني الخ) الاستدراك على قوله في جميع الشروح فإن المصنعات من الشروح . وفيه أن القهستاني ذكر عن المصنعات أنه قال والصحيح الأول ، وأنه في موضع آخر قال : إذا تزوج ببحرمة يحد عندهما وعليه الفتوى اه . على أن ما في عامة الشروح مقدم ، وكذلك في الفتح نقل عن الخلاصة أن الفتوى على قولهما ثم وجهه بأن الشبهة تقتضي تحقق المحل من وجه وهو غير ثابت والإلزام للعدة والنسب ، ثم دفع ذلك بأن من المشايخ من التزم وجوبهما ، ولو سلم عدم وجوبهما لعدم تحقق المحل من وجه ، فالشبهة لا تقتضي تحقق المحل من وجه ، لأن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت ، فلا ثبوت لماله شبهة الثبوت بوجه ، ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته بأشد ما يكون ، وإنما لم يثبت عقوبة هي الحد فعرف أنه زنا محض إلا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه اه ملخصاً .

وجاصله أن عدم تحقق المحل من وجه في المحارم لكونه زنا محضاً يلزم منه عدم ثبوت النسب والعدة ، ولا يلزم منه عدم شبهة الداراة لاحد . ولا يخفى أن في هذا ترجيحاً لقول الإمام (قوله وحرر في الفتح الخ) صوابه في النهر ، فإنه بعد ما ذكر ما قدمناه عن الفتح قال : وهذا إنما يتم بناء على أنها شبهة اشتباه . قال في الدراية : وهو قول بعض المشايخ . والصحيح أنها شبهة عقد لأنه روى عن محمد أنه قال سقوط الحد عنه لشبهة حكيمية ثبتت القسب ، وهكذا ذكر في المنية اه وهذا صريح بأن الشبهة في المحل وفيها يثبت النسب على ما مر اه كلام النهر :

قلت : وفي هذه زيادة تحقيق لقول الإمام لما فيه من تحقيق الشبهة حتى ثبت النسب ، وبؤيده ما ذكره الخبير الرمل في باب المهر عن العيني وجميع الفتاوى أنه يثبت النسب عنده خلافاً لما (قوله وفي المجتبى الخ) مثله في اللخيرة (قوله طائفاً المحل) أما لو اعتدله يكفر كما مر (قوله ويعزر) أي إجماعاً كما في اللخيرة ، ولكنه مخالف لما في البداية من قوله ولكن يوجب عقوبة إذا كان علم بذلك فقيده العقوبة بما إذا علم ، ومثله ما مر عن كافي الحاكم وفي الفتح : لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة وسفيان الثوري وزفر وإن قال علمت أنها على حرام ، ولكن

فكذلك عنده خلافا لهما . فظهر أن تقسيمها ثلاثة أقسام : قول الإمام (وحده بوط : أمة أخيه وعه) وسائر عماره سوى الولاد لعدم البسطة (و بوط : امرأة وجدت على فراشه) فظنها زوجته (ولو هو أعمى) لتمييزه بالسراويل إلا إذا دعاها فأجابته قائلة أنا زوجتك أو أنا فلانة باسم زوجته فواقعها ، لأن الإخبار دليل شرعى ، حتى لو أجابته بالفعل أو بنعم حد (وذمية) عطف على ضمير حد وجاز للفصل (زنى بها حرقى) مستأمن (و حد ذى زنى بحرية مستأمنة (لا) بعد الحرب فى الأولى (والحربية) فى الثانية والأصل عند الإمام الحدود كلها لاتقام على مستأمن إلا حد القذف .

يجب الحد ويعاقب عقوبة هى أشد مايكون من التعزير سياسة لاحدا مقدرا شرعا إذا كان عالما بذلك ، وإن لم يكن عالما لاحد ولا عقوبة تعزير اهـ .

وقد يجاب بأن قوله ولا عقوبة تعزير المراد به نفي أشد مايكون ، فلا يتناقض أنه يعزر بما يليق بحاله حيث جهل أمرا لا يخفى عادة تأمل (قوله خلافا لهما) أى فى ذات المحرم فقط كما مر (قوله فظهر أن تقسيمها الثلث) إن أراد التقسيم من حيث الحكم فهى اثنان عند الكل ، غايته أن حكم شبهة العقد عند الإمام حكم شبهة الخلل . وعندها حكم شبهة الفعل ، وإن أراد التقسيم من حيث المفهوم فهى اثنان أيضا لأن شبهة العقد منها ما هو شبهة الفعل كمعدنة الثلاث كما صرح به فى النهر فى باب ثبوت النسب ، ومنها ما هو شبهة الخلل كسأنة المتن اهـ ح (قوله وحد بوطه أمة أخيه الخ) أى وإن قال ظننت أنها تحمل لى لأنه لاشبهة فى الملك ولا فى الفعل لعدم انبساط كل فى الآخر ، فدعوى ظنه الخلل غير معتبرة . ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام لكنه ظن أن وطئه هذه ليس زنا محرما ، فلا يعارض مامر عن المحيط من أن شرط وجوب الحد أن يعلم أن الزنا حرام ففتح (قوله سوى الولاد) بالكسر مصدر ولدت المرأة ولادا وولادة أى سوى قرابة الولادة : أى قرابة الأصول أو القروع فلا حد فيها ، لكن لا يحد فى قرابة الأصول إذا ظن الخلل كما مر (قوله وجدت على فراشه) يعنى فى ليلة مظلمة كما فى الخيانة شرنبالية فيعلم حكم النهار بالأولى (قوله إلا إذا دعاها) يعنى الأعمى بخلاف البصير كما فى الخيانة ، وهو ظاهر عبارة الزيلى والفتح أيضا .

ثم اعلم أن ما ذكره المصنف والشراح هو المذكور فى المتن والشروح ، وعزاه فى التارخانية إلى المتقى والأصل لكنه قال بعد ذلك : وفى الظهيرية رجل وجد فى بيته امرأة فى ليلة ظلماء ففشيها وقال ظننت أنها امرأتى لاحد عليه ، ولو كان نهارا يحد . وفى الخاوى : وعن زفر عن أبى حنيفة فيمن وجد فى حجلته أو فى بيته امرأة فقال ظننت أنها امرأتى ، إن كان نهارا يحد ، وإن كان ليلا لا يحد : وعن يعقوب عن أبى حنيفة أن عليه الحد ليلا كان أو نهارا قال أبو الليث : وبرواية زفر يؤخذ اهـ .

قلت : ومقتضاه أنه لاحد على الأعمى ليلا كان أو نهارا (قوله وجاز) أى العطف على ضممه الرفع المتصل (قوله لا يحد الحرقى الخ) أى خلافا لأبى يوسف ، فعنده يحد الحرقى المستأمن أيضا . وقال محمد : لا يحد واحد منهما ، غير أنه قال فى العكس وهو ما لو زنى ذى بمسأمنة كقول الإمام من أن الذى يحد نهر . والحاصل أن الزانيين إما مسلمان أو ذميان أو مستأمنان ، أو الرجل مسلم والمرأة ذمية ، أو مستأمنة أو بالعكس أو الرجل ذى والمرأة مستأمنة أو بالعكس ، فهى تسع صور . والحد واجب عند الإمام فى الكل إلا فى ثلاث : إذا كانا مستأمنين أو أجدما أفاده فى البحر .

(و) لا یحد بوطہ (بہیمہ) بل بعرز وتذبح ثم تحرق ، ویکره الانتفاع بها حية ومیتة مجتبی . وفي النهر : الظاهر أنه یطالب ندبا ، لقولهم تضمنن بالقيمة (و) لا یحد (بوطہ أجنبية زفت إليه ، وقيل) خبر الواحد كاف

مطلب فی وطہ الدابة

(قوله وتذبح ثم تحرق) أى لقطع امتداد التحدث به کما رؤیت وليس بواجب کما فی الهدایة وغیرها . وهذا إذا كانت مما لا یؤکل ، فإن كانت تؤکل جاز أکلها عنده . وقالوا : تحرق أيضا ، فإن كانت الدابة لغير الواطی یطالب صاحبها أن یدفعها إليه بالقيمة ثم تذبح ، هكذا قالوا ولا یعرف ذلك إلا سماعا فیحمل علیه ردی ونهر (قوله الظاهر أنه یطالب ندبا الخ) أى قولم یطالب صاحبها أن یدفعها إلى الواطی ليس على طریق الجبر . وعبرة النهر : والظاهر أنه یطالب على وجه التنب ، ولذا قال فی الخاتمة کان لصاحبها أن یدفعها إليه بالقيمة اه . وعبرة البحر : والظاهر لا یجبر على دفعها .

[ننبه] لو مکنت امرأ قدرا من نفسها فوطئها کان حکمها کتاتین البهائم جوهره أى فی أنها لا یحد علیها بل تمرر . وحل یدبح القرد أيضا ، مقتضى التعلیل بقطع امتداد التحدث نعم فتأمل (قوله خبر الواحد كاف الخ) جملة معترضة بین القول ومقوله ، والأولى ذکرها بعد هی عرسک لتلا یومهم أنها مقولة القول ، والمراد أن تعبر المصنف کما یکنز بقیل أولى من تعبر القدوی بقلن .

مطلب فیمن وطه من زفت إليه

[ننبه] مقتضى هذا كله أنه لا یسقط أحد بمجرد الزفاف وأنه لا بد من أن ینضم إليه الإخبار بأنها زوجها ویزمن علیه أن من زفت إليه زوجته ليلة عرسه ولم یکن یعرفها أنه لا یحل له وطؤها ما لم تقل له واحدة أو أكثر إنها زوجته ، وهو خلاف الواقع بین الناس : وفيه حرج عظیم لأنه یأزم منه تأثم الأمة . والظاهر أنه یحل وطؤها بدون إخبار ولا سبأ إذا حضرها النساء من أهل وجیراته إلى بیته وجلیت على المصة (۱) ثم زفت إليه ، فإن احتال غلط النساء فیها وأنها عبرها أبعد ما یكون . ومع هذا لو فرض الغلط وقد وطئها على ظن أنها زوجته وأنها تحل له فوجب الحد علیه إذا لم یقل له أحد إنها زوجته فی غایة البعد أيضا ، إذ لا شک أن هذه الشبهة أقوى من شبهة العقد على أمه أو بنته وطئها حلها له ، وأقوى من ظنه حل أمه أبویه ونحوها ، وكذا من وجدها على فراشه لیلا على ما صححه أبو الیث . ورأیت فی الخاتمة : رجل زفت إليه غیر أمرأته ولم یکن رأها قبل ذلك فوطئها کان علیه المهر ولا حد علیه اه وظاهره أن الإخبار غیر شرط . وأظهر منه ما فی کافی الحاكم الشهيد : رجل تزوج فرقت إليه أخرى فوطئها لا حد علیه ولا على قاذفه .

رجل فجر بأمرأة ثم قال حسبها امرأتی قال علیه الحد ، ولیست هذه کالأولى لأن الزفاف شبهة ، ألا ترى أنها إذا جاءت بولد ثبت نسبته منه ، وإن جاءت هذه التي فجر بها بولد لم یثبت نسبته منه اه فقولہ لأن الزفاف شبهة صریح بأن نفس الزفاف شبهة مسقط للحد بدون إخبار ، فهذا نص الکافی ، وهو الجامع لکتب ظاهر الرواية ، فالظاهر أن ما فی المتن رواية أخرى ، أو هو محمول على ما إذا لم تقم قرينة ظاهرة مع حرص یجتمع فيه النساء أو من إرسال من تأقی بها إليه أو نحو ذلك مما یزید على الإخبار ، فلو لم یکن شیء من ذلك كما إذا تزوج امرأة ثم بعد مدة أدخلت علیه امرأة فی بیته ولم یعلم أنها التي عقد علیها أو غیرها ولیکنه ظن أنها هی فوطئها فهنا لا بد من إخبار واحدة أو أكثر بأنها زوجته وإلا لزمه الحد ، هذا ما ظهر لی ، ولم أر من تعرض له ، والله تعالى

(۱) (قوله المصة) بکسر الميم وبالضاد المهملة المشددة . هو الکمرى الذى تفت عليه العروس فی جلثائها مصباح اه .

فی کل ما یعمل فیہ بقول النساء بحر (حی عرسک وعلیہ مہرها) بذلک قضی عمر رضی اللہ عنہ وبالعدۃ (أو) بوطء (دبر) وقالوا: إن فعل فی الأجانب حد . وإن فی عبده أو أمته أو زوجته فلا حد إجماعا بل یعزر: قتل فی الدرر بنحو الإحراق بالنار وهدم الجدار والتنبیس من محل مرتفع بتابع الأحياء . وفي الحاروی والجلد أصبح وفي الفتح یعزر ویسجن حتی یموت أو یتوب؛ وروعت اللواطۃ قتله الإمام سیاسة .
 قات: وفي النهر معزیا للبحر: التقييد بالإمام يفهم أن الناصی ایس له الحکم بالسیاسة .
 [فرع] فی الجوهرۃ: الاستثناء حرام . وفيه التعزیر . ولو مکن امرأته أو أمته من العتث بذکره فأزل کره ولا شیء علیہ

أعلم (قوله وعلیه مہرها) أى ویكون لما كما قضی به علی رضی اللہ عنہ؛ وهو المختار لأن لوطۃ كاجباية علیها لا لیبت المال كما قضی به عمر رضی اللہ عنہ؛ وكأنه جعله حق الشرع عوضا عن الحد، ونحوه فی الزبلی وغیره (قوله بذلک قضی عمر) کذا وقع فی الدرر، وصوابه علی . وفي العزیمۃ أنه سهو ظاهر .

مطلب فی وطء الدبر

(قوله أو بوطء دبر) أطلقه فشمّل دبر الصبی والزوجة ولأمة فله لاحد علیہ مطلقا عند الإمام مباح وبعز ھدایۃ (قوله حد) فهو عندهما کالزنا فی الحکم فیجلد جلدا إن لم یکن أحصن، ورجما إن أحصن حر .

مطلب فی حکم اللواطۃ

(قوله بنحو الإحراق الخ) متعلق بقوله یعزر . وعبارۃ الدرر: فعند أبی حنیفۃ یعزر بأشغال هذه الأمور . واعترضه فی النہر بأن الذى ذكره غیره تقييد قتله بما إذا اعتاد ذلك . قال فی الزیادات: ولترأى إلى الإمام فیما إذا اعتاد ذلك، إن شاء قتله، وإن شاء ضربه وحبسه . ثم نقل عبارة الفتح المذكورة فی الشرح، وكذا اعترضه فی الشریلالیۃ بکلام الفتح . وفي الأشباه من أحكام غیوبۃ الحشفۃ: ولا یجد حد الإمام إلا إذا تكرر فیقتل علی المفتی به ھ . قال البیہقی: والظاهر أنه یقتل فی المرة الثانیۃ لصدق التكرار علیہ ھ . ثم ظاهر عبارة الشارح أنه یعزر بالإحراق ونحوه ولو فی عبده ونحوه، وهو صریح مافی الفتح حیث قال: ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بشکاح صحیح أو فاسد لا یجد إجماعا کذا فی الشکافی: نعم فیہ ما ذکرنا من التعزیر والقتل إن اعتاده (قوله والتنبیس الخ) قال فی الفتح: وكان مأخذ هذا أن قوم لوط أهلكوا بذلك حیث حاث قراهم ونكست بهم، ولا شک فی اتباع المحدث بهم وهم نازلون (قوله وفي الحاروی) أى الحاروی القدسی . وعبارته: وتكملوا فی هذا التعزیر من الجلد ورمیه من أعلى موضع وحبسه فی آتین بقعة وغیر ذلك سوى الإحصاء والجب والجلد أصبح ھ وسکت علیہ فی البحر والنہر فتأمل (قوله التقييد بالإمام الخ) فیہ کلام قدمناه قبل هذا الباب (قوله الاستثناء حرام) أى بالشک إذا كان لاستیلاب الشهوة، أما إذا غلبت الشهوة وليس له زوجة ولا أمة ففعل ذلك لتسکینھا فالرجاء أنه لا وبال علیہ كما قاله أبو الیث، ويجب لو خاف الزنا (قوله کره) الظاهر أنها کراهة نزیہ لأن ذلك بمنزلة مالو أنزل بتضخید أو تطیلن تأمل . وقدمنا عن المراج فی باب مفسدات الصوم: یمحور أن یستعنی بید زوجته أو خادمته، وانظر ما کتبناه هناك (قوله ولا شیء علیہ) أى من حد وتعذیر، وكذا من إنم علی ماقلناه .

(ولا تكون) اللواط (في الجنة على الصحيح) لأنه تعالى استقبها وماها خبيثة، والجنة منزلة عنها فتح. وفي الأشياء: حرمتها عقلية فلا وجود لها في الجنة. وقيل سمعية فتوجد. وقيل يخلق الله تعالى طائفة نصفهم الأعلى كالذكور والأسفل كالإناث. والصحيح الأول. وفي البحر حرمتها أشد من الزنا لحرمتها عقلا وشرعا وطعنا، والزنا ليس بمحرم طعنا، وزول حرمة بزواج وشرعا بخلافها، وعدم الحد عنده لانفصاها بل للتغليظ لأنه مطهر على قول. وفي المجتبى: يكفر مستحلها عند الجمهور (أو زنى في دار الحرب أو البغي) إلا إذا زنى في عسكر لأمره ولاية الإقامة هداية.

مطلب لا تكون اللواط في الجنة

(قوله ولا تكون اللواط في الجنة) قال السيوطي: قال ابن عقيل المجتبى: جرت مسألة بين أبي علي بن الوليد المعتزلي وبين أبي يوسف القزويني في ذلك. فقال ابن الوليد: لا يمنع أن يجعل ذلك من جملة اللذات في الجنة لزوال المنفعة لأنه إنما منع في الدنيا لما فيه من قطع النسل وكونه محلا للأذى وليس في الجنة ذلك، ولهذا أبيح شرب الخمر لما ليس فيه من السكر وغاية العربة وزوال العقل فلذلك لم يمنع من الالتذاب بها. فقال أبو يوسف: الميل إلى الذكور عادة، وهو قبيح في نفسه، لأنه محل لم يخاف اللواط، ولهذا لم يبح في شريعة، بخلاف الخمر وهو يخرج الحدث والجنة تزهت عن العاهات. فقال ابن الوليد: العاهة هي التلويث بالأذى، فإذا لم يبق إلا مجرد الالتذاب أه كلامه رسل على المنع (قوله حرمتها عقلية) الظاهر أن المراد بالحكمة هنا القبح إطلاقا لاسم المسبب على السبب أي قبحها سقيا، بمعنى أنه يترك بالعقل وإن لم يرد به الشرع كالطعم والكفر، لأن مذهبنا أنه لا يحرم بالعقل شيء، أي لا يكون العقل حاكما بحرمته، وإنما ذلك لله تعالى، بل العقل مدرك لحسن بعض الأمور وقبح بعض المنهيات فيأتي الشرع حاكما بوفيق ذلك فأمر بالحسن وينهى عن القبح. وعند المعتزلة يجب ما حسن عقلا ومحرم ما قبح وإن لم يرد الشرع بوجوبه به أو حرمة فالعقل عندهم هو المبدأ وهذا المبدأ هو الشرع والعقل آلة لإدراك الحسن والقبح قبل الشرع؛ وعند الأشاعرة لا حظ للعقل قبل الشرع بل العقل تابع للشرع، فما أمر به الشرع يعلم بالعقل أنه حسن، وما نهى عنه يعلم أنه قبيح، وتعام أبحاث المسألة يعلم من كتب الأصول ومن حواشينا على شرح المنار (قوله وقيل سمعية) أي لا يستقل العقل بأدراك قبحها قبل ورود الدليل السمعي (قوله فتوجد) أي يمكن أن توجد (قوله وقيل يخلق الله تعالى الخ) هذا خارج عن محل النزاع، لأن الكلام في الإتيان في الدبر (قوله والصحيح الأول) هو أنه لا وجود لها في الجنة (قوله لحرمتها) أي قبحها كما مر (قوله وزول حرمة الخ) وجه آخر لبيان أشدية اللواط، وهو أن وطء الذكر لا يمكن زوال حرمة بخلاف وطء الأنثى فإنه يمكن بزواجها أو شرائها (قوله لأنه مطهر على قول) أي قول كثير من العلماء وإن كان خلاف مذهبنا كما مر (قوله يكفر مستحلها) قدم الشارح في باب الخيض الخلاف في كفر مستحل وطء الحائض ووطء الدبر، ثم وفق بما في التارخانية عن السراجية: اللواط بمملوكه أو مملوكه أو امرأته حرام، إلا أنه لو استحلها لا يكفر قاله حسام الدين اه أي فيحمل القول بكفره على ما إذا استحل اللواط بأجنبي، بخلاف غيره، لكن في الشربلية أن هذا يعلم ولا يعلم أي لئلا يتجرأ الفسقة عليه بظنهم حله.

[تتمة] اللواط أحكام أخرى: لا يجب بها المهر ولا العدة في النكاح الفاسد ولا في المأني بها لشبهه، ولا يحصل بها التحليل للزواج الأول. ولا تثبت بها الرجعة ولا حرمة المصاهرة عند الأكثر، ولا الكفارة في رمضان في رواية. ولو قلد بها لا يحد خلافا لها، ولا يلعن خلافا لها بحر، وهو ما عوذ من المجتبى. ويزاد ما في الشربلية عن السراج: يكفي في الشهادة عليها عدلان لا أربعة خلافا لهما (قوله إلا إذا زنى الخ) يعني أن ما في المتن خاص

(ولا) حد (بزنا غیر مکلف بمکلفه مطلقا) لاعلیه ولا علیها (وہ عکسہ حد) فقط .
(ولا) حد (بالزنا بالمستأجرة له) أى للزنا . والحق وجوب الحد كالمتأجرة للخدمة فتح (ولا بالزنا بإكره
(و) لا (بإقرار إن أنكر الآخر) للشبهة ، وكذا لو قال اشتريتها ولو حرة مجتبی .

بما إذا خرج من عسكر من له ولاية إقامة الحدود فدخل دار الحرب وزنى ثم عاد ، أو كان مع أمير سرية
أو أمير عسكر فزنى ثمة ، أو كان تاجرا أو أسيرا . أما لو زنى مع عسكر من له ولاية إقامة الحد فإنه يحد ، بخلاف
أمير العسكر أو السرية لأنه إنما فوض لهما تدبير الحرب لا إقامة الحدود ، وولاية الإمام تنقطع ثمة كما في النفع
شرئلاية (قوله لا عليه ولا عليها) لأن فعل الرجل أصل في الزنا والمرأة تابعة له . وامتناع الحد في حق الأصل
يوجب امتناعه في حق الشئ منه ، وكذا لا عقرب عليه ، لأنه لو لزمه لرجع به الولي عليها لأمرها له بمطاعتها له .
بخلاف ما لو زنى العبيد بصبية أو عكرهة فإنه يجب عليه العقر كما في الفتح شرئلاية (قوله والحق وجوب الحد)
أى كما هو قولهما ، وهذا بحث لصاحب الفتح ، وسكت عليه في النهر والتميز والشروح على قول الإمام (قوله
ولا بالزنا بإكره) هذا ما رجع إليه الإمام ، وكان أولا يقول إن الرجل يحد لأنه لا يتصور إلا بإشهاد الآلة . وهو
آية الطواغية ، بخلاف المرأة فلا تحد لإجماعا ، وأطلق فشمّل الإكره من غير السلطان على قولهما المقتضى من تحفته
من غيره ، وهو اختلاف عصر وزمان ، وتعامه في البحر . قال ط : والمراد أنه لا يجب على الزاني المكره . (و هو
مكرها بمطوعة وجب عليها الحد كما في حاشية الشلبي (قوله ولا بإقرار إن أنكره الآخر) أى لو أقر أحدهما
أربع مرات في أربع مجالس وأنكر الآخر ، سواء ادعى المنكر النكاح أو لم يدعه لا يحد المقر خلافاً له في ثمانية مرات
الحد من المنكر بدليل موجب للنفي عنه فأورث شبهة في حق المقر لأن الزنا فعل واحد بينهما ، فإذا تمكّن حد
شبهة تعدت إلى طرفه لأنه ما أطلق بل أقر بالزنا بمن درأ الشرع الحد عنه . بخلاف ما لو أطلق وقال زنت فإنه لا يحد .
شرعى يدفعه ، ومثله لو أقر بالزنا بغائبة لأنه لم ينفذ في حقها بما يوجب النفي وهو الإنكار ، ولذا لو حضرت وأقرت
تحد ، فظهر أن الاعتبار للإنكار لا للقبية فتح ملخصاً .

قلت : ويظهر من هذا أن السكوت لا يقوم مقام الإنكار تأمل ، نعم تقدم أنه لو أقر بالزنا غرساً لا يحد
لاحتمال أنها لو كانت تتكلم لأبدت مسقطاً ، وقدمنا في الباب السابق الفرق بينها وبين الغائبة .

[تنبيه] حيث سقط الحد يجب لها المهر وإن أقرت هي بالزنا وادعى النكاح ، لأنه لما سقط الحد صارت مكذبة
شرعاً ، ثم لو أنكرت الزنا ولم تدع النكاح وادعت على الرجل حدة القذف فإنه يحد له ولا يحد الزنا ، وتعامه في الفتح
(قوله وكذا لو قال اشتريتها ولو حرة) أى ولو كانت حرة لا يحد ، لأنه لم يقر بالزنا حيث ادعى الملك وفي كافي
الحاكم : زنى بامة ثم قال اشتريتها شراء فاسداً ، أو على أن للبايع فيه الخيار ، أو ادعى صدقة أو هبة وكذب صاحبها
ولم يكن له بينة حرة عنه الحد اه . وفي الفارخانية عن شرع الطحاوى : شهد عليه أربعة بالزنا وأبنته ثم ادعى
شبهة فقال ظننت أنها امرأتى لا يسقط الحد ؛ ولو قال هى امرأتى أو أمتى لأحد عليه ولا على الشهود اه . وفي البحر
لو ادعى أنها زوجته فلا حد وإن كانت زوجة للغير ولا يكلف إقامة البينة للشبهة ، كما لو ادعى السارق أن العين
ملكه سقط الحد بمجرد دعواه اه وتقدمت هذه مقناى الباب السابق .

قلت : وانظر وجه الفرق بين قوله ظننت أنها امرأتى وقوله هى امرأتى ، ولعل وجهه أن قوله ظننت يدل
على إقراره بأنها أجنبية عنه فكان إقراره بالزنا بأجنبية . بخلاف قوله هى امرأتى أو اشتريتها ونحوه فإنه جازم به
وبأن فعله غير زنا فغافل . بقى هنا شئ : وهو أن الشبهة في هذه المسائل وفي مسألة المتن التى قبلها لم أر من ذكر أنها
من أى أقسام الشبهة الثلاثة ، وظاهر كلامهم أنها خارجة عنها . ووجهه أنه في هذه المسائل يدعى حقيقة الملك الذى

(وفي قتل أمة بزناها الحد) بالزنا والقيمة بالقتل ، ولو أذهب عنها لزمه قيمتها وسقط الحد ، فملك الجثة العمية فأورث شبهة هداية . وتفصيل مالو أفضاها في الشرح
(ولو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه) اتفاقا (بخلاف مالو زنى بها) ثم غصبها ثم ضمن قيمتها كما لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد اتفاقا فتح .

لو ثبت لم يكن وطؤه فيه محرما بخلاف تلك الأقسام . والظاهر أن النسب هنا لا يثبت وأن الفعل تمحض زنا ، وإنما سقط الحد لشبهة صدقة في دعواه الملك بالعقد أو بالشراء ونحوه ، وبهذا لا يثبت النسب لأن الملك ثابت لغيره وعلى هذا فيمكن دخولها في شبهة الفعل وهي شبهة الاشتداد لأن مرجعها إلى أنه اشتبه عليه الأمر بظنه الحل ، والله سبحانه أعلم (قوله وفي قتل أمة بزناها) هذا عندهما . وأما عند أبي يوسف فعليه القيمة لا الحد لأنه لم يبق زنا حيث انصل بالموت كما في المحيط قهستاني .

قلت : وصح في الحامية قول أبي يوسف . لكن المتن والشروح على الأول بل ما ذكر عن أبي يوسف هو رواية عنه لا قوله . وهي خلاف ظاهر الرواية عنه كما أوضحه في الفتح (قوله الحد بالزنا والقيمة بالقتل) أشار إلى توجيه وجوب الحد والقيمة بأسماء احتياطات مختلفتان بموجبين مختلفين ط (قوله ولو أذهب عينا) كذا في البحر وغيره والأظهر عندهم بالثبوت بزم كل القيمة لكنه مفرد مضاف فيم بقرينة قوله الجثة العمية (قوله فأورث شبهة) أي في ملك المنافع تبعا فيندرس عنه الحد ، بخلاف ما مر ، فإن الجثة فائنة بالقتل فلا تملك بعد الموت ، وتماه في الفتح (قوله وتفصيل مالو أفضاها في الشرح) أي شرح المصنف .

وحاصله أنه إن أفضاها وهي كبيرة مطاوعة بلا دعوى شبهة حد . ولا عقر عليه لرضاها به ، ولا مهر لوجوب الحد . وإن كان مع دعوى شبهة فلاحد . ويجب العقر . وإن كانت مكروهة ولم يدع شبهة لزمه الحد لا المهر ، وضمن ثلث الدية إن استمسك بوطا وإلا فكلها لتقويته جنس المنفعة على السكول . وإن ادعى شبهة فلاحد ، ثم إن استمسك فعليه ثلث الدية ويجب المهر . وظاهر الرواية ، وإن لم يستمسك ففك كل الدية . ولا مهر خلافا لمحمد ، وإن أفضاها وهي صغيرة ، فإن كانت يت جامع مثالها ففك الكبيرة إلا في حق سقوط الأرض برضاها ، وإلا فلاحد ولزمه ثلث الدية والمهر كاملا إن استمسك بوطا وإلا ففك الدية دون المهر خلافا لمحمد لدخول ضمان الجزء لضمان الكل ، كما يقطع أصح إنسان ثم كفه قبل البرء اه (قوله فلاحد عليه اتفاقا) لأنه ملكها بالقيان فأورث شبهة في ملك المنافع أخذها بماسر وهذا إذا لم تمت .

في الجوهرة : ولو غصب أمة فرزى بها فانت من ذلك أو غصب حرة لزم فرزى بها فانت من ذلك . قال أبو حنيفة عليه الحد في الوجهين مع دية الحرة وقيمة الأمة أما الحرة فلا إشكال فيها لأنها لا تملك بدفع الدية ، وأما الأمة فلها ثلث بالقيمة إلا أن الصانع وجب بعد الموت والميت لا يصاح بملكه (قوله كما لو زنى بحرة) تقدمت مثاني الباب السابق عند قوله وتندب ثاقبت (قوله لا يسقط الحد) أي في المسائلتين لهدم الشبهة وقت الفعل كما ذكره الشارح هناك . وقوله اتفاقا ذكره في الفتح عن جامع قاضيه خان في المسألة الأخيرة ، وقدم الشارح أنه الأصح ، وغادة الخلاف . وذكر في البحر هناك عن المحيط : لو تزوج الزنى بها أو اشتراها لا يسقط الحد . في ظاهر الرواية لأنه لا شبهة له وقت الفعل اه ثم ذكر في أول هذا الباب عن الظهيرية خلافا في المسائلتين هو أنه لا حد فيها عنده بل عند أبي يوسف . وروى الخلاف بالعكس . وروى الحسن عن الإمام أنه لا حد في الشراء بل في التزوج لأنه بالشراء يملك عينا : بخلاف التزوج .

(والخليفة) الذى لا والى فوقه (يؤخذ بالقصاص والأموال) لأنهما من حقوق العباد . فيستوفيه والى الحق . إما بتمكينه أو بمجعة المسلمين ، وبه علم أن القضاء ليس بشرط لاستيفاء القصاص والأموال بل للتمكين فتح (ولا يحد) ولو لقلد لغلبة حق الله تعالى وإقامته إليه ولا ولاية لأحد عليه (بخلاف أمير البلدة) فإنه يحد بأمر الإمام ، والله أعلم .

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

(شهدوا بعد متقدم بلا عذر) كرض أو بعد مسافة أو خوف أو خوف طريق (لم تقبل) للثمة (إلا فى حد القذف) إذ فيه حق العبد (ويضمن المال المسروق) لأنه حق العبد فلا يسقط بالتقادم (ولو أقر به) أى بالحد قلت : ومسألة غصب الثانية التى ذكرها المصنف توافق ظاهر الرواية (قوله أما بتمكينه) أى تمكين الخليفة والى الحق من الاستيفاء (قوله وبه علم الخ) لأنه لم يشترط القضاء هنا . فلو قتل الولي القاتل قبل القضاء لم يضمن وكذا لو أخذ به من عاصبه . بخلاف ما لو قتل أحد الزاني قبل انقضاء برجه فإنه يضمن ككاسر : لأن القضاء شرطه (قوله ولا ولاية لأحد عليه) أى ليستوفيه .

وفائدة الإيجاب الاستيفاء ، فإذا تعذر لم يجب . وأورد عليه ما المانع من أن يولى غيره الحكم بما يثبت عنده كفى الأموال ، قبل ولا يختص إلا أن ادعى أن قوله تعالى - فاجلدوا - يهيم أن الخطأ للإمام أن يجازى غيره وقد يقال أين دليل لإيجاب الاستيفاء فتح : والله سبحانه أعلم .

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

تقدم أن الزنا يثبت بالإقرار والنية ، وقدم كيفية ثبوته بالأول لأن الثانى أندر نادر لضيق شروطه . وأيضاً لم يثبت عنده صلى الله عليه وسلم ولا عند أصحابه بعده إلا بالإقرار كما فى الفتح (قوله شهدوا بعد متقدم) أى بسبب حد لأنه المشهود به لانفس الحد اه ح أى فى التعبير تساهل كما فى الفتح (قوله للثمة) لأن اشاهد غير بين أداء الشهادة والسر ، فالتأخير إن كان لاختيار السر فالإقدام على الأداء بعده لعداوة حركته فيهم فيها وإن كان لا للسر يصير فاسقاً تماماً فتبيناً بالمانع ، بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يعادى نفسه هداية . وأورد على قوله يصير فاسقاً بأن ذلك لو كان الأداء واجبا وليس كذلك ، إلا أن يجاب بأن سقوط الوجوب لأجل السر فإذا أدى لم يوجد موضع الرخصة المسقط للوجوب تأمل (قوله إذ فيه حق العبد الخ) أى وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى اه ح .

قال فى الهداية : فحد الزنا والشرب والسرقة خالص حقه تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعاً . وحد القذف فيه حق العبد ، لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار ، والتقدم غير مانع فى حقوق العباد ، ولأن الدعوى فيه شرط ، فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيرهم بخلاف السرقة لأن الدعوى ليست بشرط للحد لأنه خالص حقه تعالى على مامر ، وإنما تشترط للمال هداية . وحاصله أن فى السرقة أمرين الحد والمال ، وإنما تشترط الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد ، ولذا ثبت المال بها بعد التقادم لأنه لا يبطل به ، بخلاف الحد (قوله ويضمن المال الخ) عطف على قوله لم تقبل . قال فى البحر : وقولهم بضمن المال مع تصريحهم بوجود التهمة فى شهادتهم مع التقادم مشكل ، لأنه لا شهادة لمتهم ولو بالمال ، إلا أن يقال إنها غير محققة ، وإنما الموجود الشبهة اه أى وإنما سقط الحد لاحتمال العداوة ، وذلك غير محقق لكنه يصير شبهة يسقط بها الحد دون المال (قوله لأنه حق العبد) ولأن تأخير الشهادة لتأخير الدعوى لا يوجب نسفاً ،

(مع التقدم حد) لانقضاء التهمة (إلا في الشرب) كما سيجي (وتقادمه بزوال الريح ، ولغيره بمضي شهر) هو الأصح .

(ولو شهدوا بزنا متقادم حد الشهود عند البعض ، وقيل لا) كذا في الخاتمة .

(شهدوا على زناه بغائبة حد ، ولو على سرقة من غائب لا) لشروطية الدعوى في السرقة دون الزنا .

(أقر بالزنا بمجهولة حد ، وإن شهدوا عليه بذلك لا) لاحتمال أنها امرأته أو أمته (لاختلافهم في طوعها أو في البلد ؛ ولو) كان (على كل زنا أربعة) لكذب أحد العريقتين ، يعني إن ذكروا وقتا واحدا وتباعد المكانان

ويبقى أنهم لو أحرروا الشهادة لا لتأخير الدعوى أن لا تقبل في حق المال أيضا كما في الفتح نهر (قوله لانقضاء التهمة) لأن الإنسان لا يعادى نفسه كما مر (قوله إلا في الشرب) فإن التقادم فيه يبطل الإقرار عند أي حينة وأبي يوسف يجر عن عابة البيان ، وأما عند محمد فلا يبطله ، وسيجيء تصحيحه في بابه (قوله هو الأصح) اعلم أن التقدم عند الإمام مفوض إلى رأى القاضي في كل عصر ، لكن الأصح ما عن محمد أنه مقدر بشهر ، وهو مروي عنهما أيضا . وقد اعتبره محمد في شرب الخمر أيضا . وعندهما هو مقدر زوال الرائحة ، وجزم به في الكنز في بابه ، فطامره كغيره أنه المختار . فلم أن الأصح اعتبار الشهر إلا في الشرب بجر ، وبه ظهر أن ما ذكره المصنف ليس قول محمد على إطلاقه بل هو ماض على قولها في الشرب . وعلى قول محمد في غيره فافهم (قوله وقيل لا) أقول هذا هو المذهب لأنه هو المذكور في كافى الحاكم الشهيد ، حيث قال : وإذا شهد الشهود على رجل زنا قديم لم آخذ بشهادتهم ولا أحدهم اه ولذا قال السكري إنه الظاهر : أى ظاهر الرواية . وعلة في العناية بأن عددهم متكامل وأولية الشهادة موجودة وذلك بمنع أن يكون كلامهم قذفا (قوله بغائبة) أى والشهود يعرفونها ، فإذا حد عليه بعدم معرفتها كما باني شرب ليلية (قوله ولو على سرقة) مثلها القذف كما يشير إليه تعليقه ح (قوله لشروطية الدعوى الخ) أى أنها شرط للعمل بالينة ، لأن الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه فلا تقبل بلادعوى ، وليست شرطا لثبوت الزنا عند القاضي ولا يقال : يحتمل أن الغائبة لو حضرت تدعى النكاح فيسقط الحد . لأننا نقول دعواها النكاح شبهة واحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة فلا تعتبر وإلا أدى إلى نفي كل حد لأن ثبوته بالينة أو الإقرار . وبجهل أن يرجع المقرر أو الشهود وذلك لا يعتبر ، لأن نفس هذا الرجوع شبهة واحتمال شبهة الشبهة أفاده في الفتح (قوله حد) لأنه لا يخفى عليه من له فيها شبهة فإنه كالأبقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه علما أقرب الزنا كان فرع علمه أنها لم تشبه عليه ، وصار معنى قوله لم أعرفها أى باسمها ونسبها ، ولكن علمت بأنها أجنبية ، فكان هذا كالتصريح عليه ، بخلاف الشاهد فإنه يجوز أن يشهد على من تشبه عليه فلا يكون قول الشاهد لا أعرفها موجبا للحد ففتح (قوله لاحتمال أنها امرأته أو أمته) لو قال لاحتمال أن يكون له فيها شبهة لكان أعم اه ح . وفى كافى الحاكم : وإن قال المشهود عليه إن التى راوها هي ليست بباراة ولا خادم لم يحد أيضا لتصوير أن تكون أمة انه أو متكوخته نكاحا فاسدا بجر (قوله كاختلافهم في طوعها) بأن شهد الثمان أنه أكرهها وآخران أنها طوعته لم يحد عنده . وقالا : يحد الرجل لانفاقهم على أنه زنى ، ونفرد الثمان منهم زيادة جناية وهى الإكراه وإن أنه زنا من مختلفان لم يكفل في كل نصاب ، لأن زناها طوعا غير مكرمة فلا حد ولأن الطوع يقتضى اشتراكهما في الفعل والكراهة يقتضى نفرد ففكانا غير من ولم يوجد في كل نصاب . ثم إن اتفاق الشهود على النسبة إلى الزنا بلفظ الشهادة يخرج للكل منهم من أن يكون قذفا ، ونعامة في الزيلعي (قوله ولو على كل زنا أربعة) راجع لقوله أو في البلد كما اقتضاه كلام الشراح في تصويرهم المسألة وتعليقهم بانه تنازع فعل واحد في ساعة واحدة في مكانين

ولأقبات فتح (ولو اختلفوا في) زاوی (بيت واحد صغير جدا) أى الرجل والمرأة استحسانا لإمكان التوفيق .
(ولو شهدوا على زناها) لكن (هى بكر) أو رتقاء أو قرناء (أو هم فسقة أو شهدوا على شهادة أربعة وإن) وصلى (شهد الأصول) بعد ذلك (لم يجد أحد) وكذا لو شهدوا على زناه فوجد محبوبا .
(ولو شهدوا بالزنا) لكن (هم عيان أو محدودون في قذف أو ثلاثة أو أحدهم محدود أو عبد أو وجد أحدهم كذلك بعد إقامة الحد حدوا) للقتل إن ظله المقتوف (وأرشد جلده) وإن مات منه (هذر)

متباينين فثقتنا بكذب أحد الفريقين . وظاهره أنه لو شهد أربعة بالطوع وأربعة بالإكراه بمحذور، وبه جزم محذور مسكين معلا بعدم التيقن بكذب أحد الفريقين حيث لم يذكروا وقتا واحدا، وجزمح بأن لاحدا ما مر أول الباب السابق من أن الحد يسقط في دعوى الإكراه إذا برهن . قال : ومعلوم أن ذلك بعد ثبوت الحد عليه بالبينة والبينة المثبتة للحد لا بد وأن تشهد بالطوع اهـ .

قلت : هذا إنما يظهر إذ ذكروا وقتا واحدا، وإلا فيمكن حمله على فعلين أحدهما بالإكراه والآخر بالطوع وأما ما مر في الباب السابق فهو فيما إذا شهد أربعة على زنا طوعا وأقام شاهدين على الإكراه في ذلك الفعل بعينه لا مطلقا فيندرى الحد عنه لأشبهه فافهم ، والله سبحانه أعلم (قوله وإلا) بأن الحد الوقت وتغارب المكان أو اختلف الوقت وتباعد المكان . أو تغارب (قوله في زاوی بيت) أى جائز به (قوله لإمكان التوفيق) بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والآنهاء في أخرى بالاضطراب والحركة بحر . لا يقال . هذا نوبه لإدعاء أحد والواجب درؤه بأن التوفيق مشروع صيانة للقضاء عن التعطل ، إذ لو شهد أربعة قتلوا مع احتمال شهادة كل منهم في وقت آخر ، وقبولهم مبنى على الانحداد وإن لم ينصوا عليه : أماده في الفتح (قوله) وسكن هى بكر إقحام الشارح لفظه لكن غير ظاهر لأن الواو في كلام المصنف أو الحال والجملة حالية . وكذا قوله (هذر) ولكن هم عيان كما أماده ط (قوله لم يجد أحد) أى من الشهود والمشهود عليهم في المسائل الثلاث . أما الأولى فلأن الزنا لا يثبت مع بقاء البكارة ونحوه فلا يحدن لظهور الكذب ، ولا الشهود لأن ثبوت البكارة ونحوها بقول امرأة أو أكثر حجة في إسقاط الحد لاقى إيجابه .

وأما الثانية فلم يحد لاشتراط العدالة ثبوت الزنا ولا الشهود سواء علم فسقهم في الابتداء أو ظهر بعده ، لأن القاسم من أهل الأداء والتحمل وإن كان في أدائه نوع قصور لثمة الفسق ، ولذا أو قضى بشهادته بعد عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا فسقط الحد عنهم ، ولذا لا يحد القاذف أو أقام أربعة من الفساق على زنا المقتوف .

وأما الثالثة فلأن الشهادة على الشهادة لا تجوز في الحدود لزيادة الشبهة باحتمال الكذب في موضعين في الأصول وفي الفروع ، ولا يحد الفروع لأن الحاكم للقتل غير قاذف وكذا الأصول الأولى ، ولو شهدوا بعد الفروع لرد شهادتهم من وجه برد شهادة الفروع اهـ ما خلا من البحر (قوله فوجد محبوبا) وجه عدم حد الشهود فيه يؤخذ مما علوا به أيضا في الكارة والرتق وهو تكال عددهم ولفظ الشهادة ، ثم رأيت كذلك في الدرر فافهم . وأيضا سيأتى أن المحبوب لاحد على قاذفه وبه حلال المسألة هنا الحاكم في الكافي (قوله عيان) أى أو عبيدا أو صبيان أو مجانين أو كفا نهر (قوله حدو المقتوف) أى دون المشهود عليه لعدم أهلية الشهادة فهم أو عدم التصاب فلا يثبت الزنا (قوله وأرشد جلده) أى إذا كان جرحه الجلد كما في الهداية (قوله خلافا لهما) حيث قال إن الأرض في بيت المال لأنه ينقل فعل الجلاذ للقاصى وهو حامل للمسلمين فتجب الغرامة

خلافا لها (ودية وجهه في بيت المال اتفاقا) ويحد من رجوع من الأربعة (بعد الرجم فقط) لانقلاب شهادته بالرجوع قذفا (وغرم ربيع الدية و) إن رجع (قبله) أي الرجم (حلوا) للقذف (ولا رجم) لأن الإقصاء من القضاء في باب الحدود .

(ولا شيء على خامس) رجع بعد الرجم (فإن رجع آخر حدا وغرما ربيع الدية) ولو رجع الثالث ضمن الربيع ، ولو رجع الخمسة ضمنوها أخماسا حاوى .
(وضمن المزدكى دية المرجوم إن ظهروا) غير أهل للشهادة (عبيدا أو كفارا) وهذا إذا أخبر المزدكى

في الملم . وله أن الفعل الجارح لا ينتقل للقاضي لأنه لم يأمر به فيقتصر على الجلالد إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الإقامة بخافة الغرامة ، ابن كمال .

وعلى هذا الخلاف إذا رجع الشهود لا يضمنون عنده . وعندهما يضمنون ، وتقامه في الهداية والنهر . وفي إزمية عن بعض شروح الهداية : ومعرفة الأرض أن يقوم المخلود عبدا سليما من هذا الأثر فينظر ما ينقص به القيمة ينقص من الدية بمثله اهـ .

قلت : لكن قوله ينقص من الدية بمثله لا محل له ، بل الظاهر أن يقال فينظر ما ينقص به القيمة يؤخذ من الشهود . وبيانه أنه لو فرض أن قيمته سايا ألف وقيمته بهذه الجراحة تسعمائة تكون الجراحة نقصته مائة هي الأرض فيرجع على الشهود بها (قوله فقط) قيد لقوله يحد من رجع أي يحد الرجوع فقط حد القذف دون الباقيين لبقاء شهادتهم (قوله وغرم ربيع الدية) لأن القالف بشهادته ربيع الحق ، وكذا لو رجع الكل حدا وغرموا الدية نهر ، وقول البحر وغرموا ربيع الدية صوابه جميع الدية كما قاله الرملي (قوله وإن رجع قبله) أي الرجم سواء كان قبل القضاء أو بعده نهر (قوله حدوا للقذف) أي حد الشهود كلهم . أما إذا كان قبل القضاء فهو قور علمائنا الثلاثة لأنهم صاروا قدفة . وأما بعده فهو قولهما . وقال محمد : يحد الرجوع فقط لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فلا تنسخ إلا في حق الرجوع . ولهما أن الإقصاء من القضاء ، ولذا سقط الحد عن المشهود عليه نهر (قوله لأن الإقصاء الخ) هذا التعليل فيما إذا كان الرجوع بعد القضاء واقتصر عليه لعدم الخلاف عند الثلاثة فيما قبله فافهم . ومعناه أن إقصاء الحد من تمام القضاء به :

وغمرته تظهر أيضا فيما إذا اعترضت أسباب الجرح أو سقوط إحصان المقلوف أو عزل القاضي كما في المراج (قوله حدا وغرموا ربيع الدية) أما الحد فلا تنسخ القضاء بالرجوع في حقهما . وأما الغرم فلأن المعبر بقاء من بقى لأرجوع من رجع . وقد بقى من بقى ببقائه ثلاثة أرباع الدية فيلزمهما الربيع . فإن قيل الأول منهما حين رجع لم يلزمه شيء فكيف يجتمع عليه الحد والضمان بعد ذلك برجوع غيره . قلنا وجد منه الموجب للحد والضمان وهو قذفه وإثلافه بشهادته ، وإنما امتنع الوجوب لما منع وهو بقاء من يقوم بالحق فإذا زال المانع برجوع الثاني طهر الوجوب عن الزيلعي (قوله ولو رجع الثالث ضمن الربيع) وكذا الثاني والأول بحر عن الحاوي القدسي (قوله ولو رجع الخمسة) أي معا لا رتبيا (قوله وضمن المزدكى) أفردته لأنه لا يشترط العدد في التزكية كما في الفتح : أي ضمن من ذكر شهود الزنا إذا رجع عن التزكية وتوعد الدية من ماله لامن بيت المال خلافا لهما ، لأن الشهادة إنما تصير حجة بالتزكية فكأن في معنى حلة العلة فيضاف الحكم إليها بخلاف شهود الإحصان إذا رجعوا لأنه محض الشرط (قوله إن ظهروا) أي شهود الزنا (قوله عبيدا أو كفارا) بيان لقوله غير أهل ؛ أشار به إلى أن المراد به كونهم غير أهل للأداء وإن كانوا أهلا للتحمل (قوله وحلوا الخ) تورك حل المصنف

بحرۃ الشہود وإسلامهم ثم رجع قائلا تعددت الكذب والألفادیة فی بیت المال اتفاقا ولا یجدون للذلف لأنه لا یورث بحر (كما لو قتل من أمر برجمه) بعد التزكية (فظهروا كذلك غیر أهل) فإن القاتل یضمن الدية استحيانا لشبهة صحة القضاء ، فلو قتله قبل الأمر أو بعده قبل التزكية اقتصر منه كما یقتصر بقتل المقتضى بقتله قصاصا فظهر الشہود عییدا أولا لأن الاستیفاء للولی زلیلی من الردة (وإن رجم ولم ترك) الشہود (فوجدوا عییدا فدیته فی بیت المال) لا مثاله أمر الإمام فقتل فعله إلیه (وإن قال شہود الزنا تعددنا النظر قبلت)

حيث ترك كالكنز قيد الرجوع أخذا بظاهر كلام المظنوة ، وقد حقق المقام فی الفتح فراجعہ (قوله بحرۃ الشہود وإسلامهم) أى وعدائهم ، وقيد بالإخبار بذلك أيكون تزكية سواء كان بلفظ الشهادة أو بلفظ الإخبار ، لأن لو أخبر بأنهم عدول ثم ظهروا عییدا لم یضمن اتفاقا لأنها ليست تزكية والقاضى قد أخطأ حيث اكتفى بهدا القدر بحر (قوله وإلا) أى وإن لم يرجع بل استمر على تزكيته قائلا هم أحرار مسلمون ، وكذا لو قال أخطأت فتح (قوله ولا یجدون) أى الشہود ، وكذا لا یضمنون بحر (قوله لأنه لا یورث) لأنهم قد فوا حیا وقد مات فلا یورث كما فی الفتح .

قلت : ولا یرد علیه المسألة المتقدمة ، وهى ما إذا رجع أحد الأربعة بعد الرجم لما مر من انقلاب شهادة بالرجوع قلنا : أى لأنها حين وقعت كانت معتبرة شهادة ثم انفسخت فصارت قلنا لا لحال كما حققه فی الفتح هناك (قوله كما لو قتل الخ) هكذا عبر فی الدرر .

واعترض بأنه یوم أن الضامن هو المترك وليس كذلك بل هو القاتل ، فالقشبه بین الضامین فقط لا یم ما أسند إلیهما . والأوضح قول الوقاية ضمن الدية من قتل المأمور برجمه أو ترك شہود زناه فظهروا عییدا أو كفارا اه (قوله بعد التزكية) قيد به لأن المراد بالأمر هو الكامل ، وهو أن يكون بعد استیفاء مالاندمه نر ، وبأن یحتززه (قوله فظهروا كذلك) أما لو لم یظهروا كذلك فلا شیء على القاتل ، لكنه یعزى لاختیاته على الإمام بحر عن الفتح ، وقدمه الشارح أول الحدود عن التهرب بحثا (قوله غیر أهل) بدل من قوله كذلك (قوله یضمن الدية) أى فی ماله لأنه عمد والعاقلة لا تعقل العمد ، وتجب فی ثلاث سنین لأنه وجب بنفس القتل فیجب مؤجلا كالدیة فتح (قوله استحيانا) والقیاس وجوب القصاص لأنه قتل نفسا محقرة الدم عمدا بفعل لم یؤمر به ، إذ المأمور به الرجم فلا یصیر فعله منقولا إلی القضاء (قوله لشبهة صحة القضاء) أى طاهرا لأنه حين قتله كان القضاء بالرجم صحیحا ظاهرا فأورث شبهة الإباحة (قوله قبل الأمر) أى قبل القضاء بالرجم كما عبر فی الفتح ، لأن المراد بالأمر الكامل كما مر (قوله أو بعده) أى بعد الأمر قبل التزكية خطأ من القاضى بحر (قوله اقتصر منه) أى فی العمد ووجب فی الخطأ الدیة على عاقلة فی ثلاث سنین بحر (قوله كما یقتصر الخ) القشبه من حيث وجوب القصاص فقط . وأفاد الفرق بین المسألتین من حيث وجوب قصاص هنا وإن لم یظهر الشہود عییدا ، وذلك أن المقتضى بقتله قصاصا حق الاستیفاء منه للولی ، بخلاف المقتضى برجمه (قوله زلیلی من الردة) أى من باب الردة وهذا العزو كذلك وقع فی البحر ، وعزاه فی التهرب إلی الزلیلی من الدية (قوله وإن رجم) بالبناء للمفعول : أى من أمر قاضى برجمه لو رجمه أحد (قوله فدیته فی بیت المال) قال فی البحر : لم أر هل الدية تؤخذ حالا أو مؤجلة (قوله فقتل فعله إلیه) أى إلی الإمام لأن الرجم فعل ما أمر به وقد ظهر عدم صحة الأمر فقتل فعله إلی الإمام وهو عامل للمسلمین فتجب الغرامة فی المأمور ، بخلاف ما إذا قتله بغير الرجم ، لأنه لم یأمر أمره فلم ینقل فعله إلیه كما أفاده فی الفتح .

لإباحته لتحمل الشهادة (إلا إذا قالوا) تعمدناه (للتلذذ فلا) تقبل لنفسهم فتح (وإن أنكر الإحصان فشهد عليه رجل وامرأتان أو ولدت زوجته منه) قبل الزنا نهر (وجم . ولو خلا بها ثم طلقها وقال وطئها وأنكرت فهو محصن) بإقراره (دونها) لما تقرر أن الإقرار حجة قاصرة (كما لو قالت بعد الطلاق كنت نصرانية وقال كانت مسلمة) فيرجم المحصن ويجلد غيره ، وبه استغنى عما يوجد في بعض نسخ المتن من قوله (إذا كان أحد الزائنين محصنا يحد كل واحد منهما حده) فتأمل .

(زوج بلا ولي فدخل بها لا يكون محصنا عند الثاني) لشبهة الخلاف نهر ، والله أعلم .

مطلب المواضع التي يحل فيها النظر إلى عورة الأجنبية

(قوله لإباحته لتحمل الشهادة) ومثله نظر القابلة والحافضة والختان والطبيب وزاد في الخلاصة : من أوضاع حل النظر للعورة عند الحاجة الاحتقان والبكارة في العنة والرد بالمبب فتح . قلت : وكذا لو ادعى الزاني بكارتها ، ونظمتها يقول :

ولا تنظر لعورة أجنبي بلا عذر كقابلة طبيب
وختان وخافضة . وحقق شهود زنا بلا قصد مريب
وعلم بكارة في عنة أو زنا أو حين رد للمبب

(قوله وإن أنكر الإحصان) أي استجماع شرائطه المتقدمة ، كأن أنكر النكاح والدخول فيه والحرية (قوله فشهد عليه رجل وامرأتان) أشار به إلى أنه يقبل شهادة النساء في الإحصان عندنا ، وفيه خلاف زفر والأئمة الثلاثة . وكيفية الشهادة به أن يقول الشهود زوج امرأة وجامعها أو باضعها . ولو قالوا دخل بها يكنى عدما لأنه متى أضيف إلى المرأة بحرف الباء يراد به الجماع . وقال محمد : لا يكنى ، ونمامة في الزيلعي والفتح (قوله أو ولدت زوجته منه) أي إذا ولدت في مدة يتصور أن يكون منه جعل واطنا شرعا لأن الحكم بشوت النسب منه حكم بالدخول بها ولهذا يعقب الرجعة زيلعي .

قلت : طاهره ثبوت الإحصان ولو كان ثبوت النسب بحكم الفرائض كزوج مشرق بمغربية ، وفيه نظر ، لكن في الفتح أن الله رخص أنهما مقران بالرد ، وذلك في شرح الشافعي تأمل (قوله قبل الزنا) متعلق بولدت . والظاهر أنه غير قيد كما يعلم من تعليل الزيلعي المذكور آنفا ، حتى لو ولدت بعد الزنا لدون سنة أشهر يثبت نسبه ويعلم أنه وقت الزنا كان واطنا لزوجه تأمل (قوله فهو محصن بإقراره) أي مواخذة له بإقراره ، فلا يقال إنها بانكارها الوطء لم تنصر محصنة فلا يكون هو محصنا أيضا (قوله وبه استغنى الخ) وجه الاستغناء أنه إذا كان أحدهما محصنا دون الآخر علم أن كل واحد منهما إذا زنى يحد بما يستوجب ، فالمحصن يجرم وبغيره يجلد كما أفاده التفريع ، نعم مافي بعض النسخ أعلم لأنه يشمل ما لو كان عدم إحصان أحدهما ببكارتها ، ولعله أشار إلى هذا بقوله فتأمل .

لا يقال : مافي بعض النسخ غير صحيح كما توهم ، لأن شرط الرجم إحصان كل ولم يوجد . لأننا نقول شرط الرجم إحصان كل من الزوجين لا الزائنين ، فيرجم من زنى بامرأة إذا كان فيه شروط الإحصان التي منها دخوله بامرأة محصنة مثله . وأما المرأة الزنى بها فلا يشترط لرجعه أن تكون محصنة بل إحصانها شرط لرجعها هي ، فإن كانت محصنة مثله رجمت معه وإلا جلدت ، وهذا ظاهر نبهنا عليه عند الإحصان أيضا فافهم .

والحاصل أن الزائنين إما محصنان فبرجاء ، أو غير محصنين فيجلدان ، أو مختلفان فيرجم المحصن ويجلد غيره (قوله لشبهة الخلاف) أي خلاف العلماء والأخبار في صحتها فلم تكن صحت قطعية ، وهذه المسألة نقلها في البحر

باب حد الشرب المحرم

(يحد مسلم) فلو ارتد فسكر فأسلم لا يحد لأنه لا يقيم على الكفار ظهيرة ، لكن في منية المفتي : سكر الذي من الخمر حد في الأصح لحمة السكر في كل ملة (ناطق) فلا يحد أخرس للشبهة (مكلف) طائع غير مضطر (شرب الخمر ولو قطرة)

عن المحيط كذلك؛ فيحتمل أن يكون إسنادها إلى أبي يوسف لكونه هو الذي خرجها لالكون غيره قائلا بخلافه، ويحتمل أن يكون فيها خلافا ، والأول أظهر لعدم ذكر الخلاف تأمل ، والله سبحانه أعلم .

باب حد الشرب

آخره عن الزنا لأن الزنا أفح منه وأغلظ عقوبة ، وقدمه على حد القذف لتيقن الجرمية في اشارة دون القاذف لاحتمال صدقه ، وتأخير حد السرقة لأنه لصيانة الأموال اتابعة للتفوس بحر (قوله فلو ارتد فسكر الخ) أقول : ذكر في الدر المنقي أن المرتد لا يحد للشرب سواء شرب قبل رده أو فيها فأسلم اه ومشه في كافي الحاكم ، وسيدكر الشارح في حد القذف عن السراجية لو اعتقد الذي حرمة الخمر فهو كالمسلم أي فيحد (قوله لأنه لا يقيم على الكفار) يعني أنه لا شرب في رده لم يكن أهلا لقيام حد الشرب عليه لأنه لا يقيم على الكفار ، وإذا كان قد شرب الخمر غير موجب للحد لا يحد بعد الإسلام؛ بخلاف ما إذا زنى أو سرق ثم أسلم فإنه يحد له لوجوبه عليه كما يقيد ١٠٠ البحر عن الظهيرية فافهم (قوله حد في الأصح) أفتى به الحسن ، واستحسنه بعض المشايخ . والمذهب أنه إذا شرب الخمر وسكر منه أنه لا يحد كما في النهر عن فتاوى قارى الهداية ، ومثى في المنظومة الخمية على الأول كما ذكره الشارح في الدر المنقي .

قلت : وعبرة الحاكم في الكافي من الأشربة : ولاحد على الذي في الشراب اه ولم يحد فيه خلافاً ، وهو بإطلاقه يشمل مالمو سكر منه (قوله لحمة السكر في كل ملة) هذا ذكره قارى الهداية :

قلت : ولئى فيه نظر ، فإن الخمر لم تكن محرمة في صدر الإسلام ، وقد كان الصحابة يشربونها وربما سكروا منها كما جاء صريحاً . فمن ذلك ما في الفتح عن الترمذى عن علي رضي الله تعالى عنه «صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاماً فذهانا وسقانا من الخمر فأخذت الخمر ما وحضرت الصلاة فقدمه وفي فقرأت قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون - ونحن نعبد ما تعبديون ، قال : فأزل الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى الآية ، اه فلو كان السكر حراماً لزم تفسير الصحابة . ثم رأيت في تحفة ابن حجر قال : وشربها المسلمون أول الإسلام ، قبل استصحابها لما كان قبل الإسلام . والأصح أنه يوحى ، ثم قبل الباح الشرب لاغية العقل لأنه حرام في كل ملة . وزيفه المصنف يعنى النووي ، وعليه فالمراد بقولهم يحرمته في كل ملة أنه باعتبار ما استقر عليه أمر ملتنا اه وهذا مؤيد لما بحثه ، لكن في جوابه الأخير نظر (قوله فلا يحد أخرس) سواء شهد الشهود عليه أو أشار بإشارته المعهودة . وأفاد أن الأعمى يحد كما في البحر (قوله للشبهة) لأنه لو كان ناطقاً محتمل أن يخبر بما لا يحد به كإكرامه أو خصص بلقمة . قال في البحر : ولو قال المشهود عليه يشرب الخمر ظننتها لبنا أو لا أعلم أنها خمر لم يقبل ، فإن قال ظننتها لبنا قبل لأنه بعد الغليان والشدة يشارك الخمر في الذوق والرائحة (قوله طائع) مكره مع قول المتن طوعاً ح (قوله غير مضطر) فلو شرب للعطش المهلك مقدار ما يرويه فسكر لم يحد لأنه بأمر مباح . وقالوا : لو شرب مقداره وزيادة ولم يسكر حد كما في حالة الاختيار قهستانى ، وبه صرح الحاكم في الكافي (قوله شرب الخمر) هي التي من ماء العنب إذا

بلا قید سکر (أو سکر من نیید) ما ، به یفتی (طوعا) علما بالحرمة حقيقة أو حکما بكونه فی دارنا ، لما قالوا :
غلا واشتد وقذف بالزبد ، فإن لم یقذف فلیس بخمر عند الإمام خلافا لما ، وبقولهما أخذ أبو حفص الکبیر بحایة
ولو غلط بالماء ، فإن کان مغلوبا حد ، وإن کان الماء غالبا لا یحد إلا إذا سکر نهر .

مطلب فی نجاسة العرق ووجوب الحد بشره

وفی أشربة القهستانی : من قال إنها لم تق خرا بالطیخ لم یحد شاربها إلا إذا سکر ، وعلى هذا یبغی أن لا یحد
شارب العرق مالم یسکر . ومن قال إنها بقیة خرا فالحد حکم عنده بالعکس ، وإلیه ذهب الإمام السرخسی ، وعليه
الفتوی ، کما فی تنمة الفتاوی ۱۵ .

قالت : علم بهذا أن المعتمد المفتی به أن العرق لم یخرج بالطیخ والتصعید عن کونه خرا فیحد بشرب قطرة منه
وإن لم یسکر . وأما إذا سکر منه فلا شبهة فی وجوب الحد به ، وقد صرح فی منیة المصلی بنجاسته أيضا فلا یغرنک
ما أشاعه فی زماننا بعض الفسقة المولعین بشربه من أنه طاهر حلال ، کأنه قاله قیاسا على ما قالوه فی ماء الطابق :
أن النظاء من زجاج ونحوه فإنه قیاس فاسد ، لأن ذاک فیها لو أهرقت نجاسة فی بیت فأصاب ماء الطابق ثوب
إنسان تنجس قیاسا لا استحسانا ، ومثله حام فیها نجاسات فغرق حيطانها وکواتها وتقاطر ، فإن الاستحسان فیها
عدم النجاسة للضرورة لعدم إمكان التحرز عنه . والقیاس النجاسة لاتعماده من عین النجاسة . ولا شک أن العرق
المستقطر من الخمر هو عین الخمر تنصاعد مع الدخان وتقطر من الطابق یبحث لا یتقی منها إلا أجزاؤها الترابية ولذا
به هل القلیل منه فی الإسکار أضعاف ما یفعله کثیر الخمر ، بخلاف المتصاعد من أرض الحمام ونحوه فإنه ماء أصله
طاهر خالط بنجاسة مع احتمال أن المتصاعد نفس الماء الطاهر . وبمکن أن یکون هذا وجه الاستحسان فی مهارته ،
وعلى کل فلا ضرورة إلى استعمال العرق الصاعد من نفس الخمر النجسة العین ولا یظهر بذلك ، ولا لزوم طهارة
لبول ، ونحوه إذا استقطر فی إناء ولا یقول به عاقل . وقد طلب منی أن أعمل بذلك رسالة وفيها ذکرناه کتافی ،
(قوله بلا قید سکر) تصریح بما أفاده قوله ولو قطرة إشارة إلى أن هذا هو المقصود من المبالغة للفرقة بین الخمر
وغيرها من باقی الأشربة والأفلا یحد بالقطرة الواحدة لأن الشرط قیام الرائحة . ومن شرب قطرة خمر لا یوجد منه
راحتها عادة ، نعم یکن الحد به على قول محمد الآئی من أنه لو أقر بالشرب لا یشرط قیام الرائحة ، بخلاف ما إذا
ثبت ذاک بالشهادة ، هذا ما ظهر لی ، ولم أر من تعرض له فتأمل (قوله أو سکر من نیید ما) أی من أی شراب
کان غیر الخمر إذا شربه لا یحد به إلا إذا سکر به ، وصبر بما المفيدة للتعمیم إشارة إلى خلافت الزیلعی حیث خصه
بالإنهدة الأربعة المهرمة بناء على قولهما . وعند محمد ما أسکر کثیره فقلیله حرام ، وهو نجس أيضا قالوا : وبقول
محمد نأخذ . وفی طلاق البرازية : لو سکر من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل المختار فی زماننا لزوم الحد اه نهر .
قلت : وما ذکره الزیلعی تبع فیہ صاحب المندبایة ، لیکنه فی المندبایة من الأشربة ذکر تصحیح قول محمد ،
فعل أن مامشی علیه هنا غیر المختار کما فی الفتح . وقد حقق فی الفتح قول محمد إن ما أسکر کثیره حرم قلیله
وأنه لا یلزم من حرمة قلیله أنه یحد به بلا إسکار کالخمر خلافا للأئمة الثلاثة ، وأن استدلالهم على الحد بقلیله
محدث مسلم ه کل مسکر خمر ، ویقول عمر فی البخاری « الخمر ما خار العقل » و غیر ذلک لا یدل على ذلک لأنه
محمول على التشبیه البلیغ کرید أسد والمراد به ثبوت الحرمة ، ولا یلزم منه ثبوت الحد بلا إسکار ، وکون التشبیه
خلاف الأصل أوجب المصیر إلیه قیام الدلیل علیه لغة وشرعا ، ولا دلائل لهم على ثبوت الحد بقلیله سوى القیاس
ولا یثبت الحد به ، نعم الثابت الحد بالسكر منه ، وقد أطال فی ذلک إطالة حسنة ، فجزاه الله خیرا ، وبأی حکم
البنج والأفیون والحشيش (قوله بكونه فی دارنا) أی ناشئا فیها (قوله لما قالوا الخ) تعلیل لتفسیر العلم الحسکی

لو دخل حربي دارنا فأسلم فشرّب الخمر جاهلاً بالحرمة لا يحد ، بخلاف الزنا لحرمة في كل ملة : قلت : يرد عليه حرمة السكر أيضاً في كل ملة فأمّل (بعد الإفاقة) فلو حد قبلها فظاھر أنه يعاد عینی (إذا أخذ) الشارب (وریع ماشرّب) من خمر أو نیذ فتح ، قرن قصر الرائحة علی الخمر فقد قصر (موجودة) خبر الریع وهو مؤنث سماعی غایة (إلا أن تنقطع) الرائحة

بكونه في دارنا، لكن بالمعنى الذى ذكرناه لا بمجرد الكون في دارنا وإلا لم يوافق التعليل المعلن . ويوضح المقام ما في كافى الحاكم الشهيد من الأشربة حيث قال : وإذا أسلم الحربى وجاء إلى دار الإسلام ثم شرب الخمر قبل أن يعلم أنها محرمة عليه لم يحد ، وإن زنى أو سرق أخذ بالحد ولم يعلن بقوله لم أعلم . وأما المولود بدار الإسلام إذا شرب الخمر وهو بالغ فعليه الحد ولا يصدق أنه لم يعلم (قوله قلت يرد عليه الخ) أى على ما يفهم من قولهم لحرمة أى الزنا في كل ملة حيث جعاه وجه الفرق بين الشرب والزنا ، فإنه يفهم منه أن الشرب لا يجرم في كل ملة مع أنه مناف لما مر من حرمة كذلك . ودفع بأن المحرم في كل ملة هو السكر لا نفس الشرب ، والمراد بالفرقة بين الشرب والزنا .

قلت : وفيه نظر ، فإن قولهم فشرّب الخمر جاهلاً بالحرمة لا يحد أهم من أن يكون سكر من هذا الشرع أولاً ، بل المتبادر السكر ، ولو كان المراد الشرب بلا سكر لكان الواجب تقييده ، أو كان يقال فشرّب فطرة نعم قد يدفع أصل الإيراد بمنع حرمة السكر في كل ملة لما قد نهاه فافهم .

[تمت] لو شرب الحلال ثم دخل الحرم حد ، لكن لو التجأ إلى الحرم لم يحد لأنه قد عضه ، بخلاف ما إذا شرب في الحرم لأنه قد استخذه قهستانى عن العبادى : ويأتى أنه لو شرب في دار الحرب لا يحد . فعلم من مجموع ذلك أنه لا يحد للشرب عشرة : ذى على المذهب ، ومترد وإن شرب قبل رده وإن أسلم بعد الشرب وصحب ، وجنون وأخرس ومكره ، وضطر لعطش مهلك ، وملتجئ إلى الحرم ، وجاهل بالحرمة حقيقة وحكماً ، ومن شرب في غير دارنا ، وبه يعلم شروط الحد هنا (قوله بعد الإفاقة) أى الصحو من السكر ، وهو متعلق بقوله يحد مسلم (قوله فظاھر أنه يعاد) جزم به في البحر . قال في الشرع لالاية : وفيه تأمل اه وبين وجهه فيما نقل عنه بأن الأكم حاصل وإن لم يكن كاملاً ويصدق عليه أنه حد فلا يعاد بعد صحوه اه .

قلت : وفيه نظر ، لما في الفتح : ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلاً لمقصود الانزجار وهذا باجماع الأئمة الأربعة ، لأن غيبوبة العقل أو غلبة الطرب تخفف الأكم .

ثم ذكر حكاية . حاصلها أن السكران وضع على ركبته جرة حتى طفئت وهو لا يلتفت إليها حتى أفاق فوجده الأكم . قال : وإذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدته إلا حال الصحو ، وتأخير الحد لمنه جازئ اه . وحينئذ فلا يلزم من أن الإمام لو أعطاه فحده قبل صحوه أن يسقط الواجب عليه من إقامة الحد بعد الصحو .

ولا يرد أنه لو قطع يسار السارق لا تقطع يمينه أيضاً للفرق الواضح ، فإن الانزجار حاصل باليسار أيضاً وإن كان الواجب قطع اليمين ، ولأنه لو قطعت اليمين أيضاً يلزم تفويت المنفعة من كل وجه وذلك إهلاك ، ولذا لا يقطع لو كانت يسراه مقطوعة أو إلهامها (قوله إذا أخذ الشارب) شرط تقدم دليل جوابه وهو قوله يحد مسلم الخ وضمير أخذ يعود عليه وهو المراد بالشارب ، والمراد أخذه إلى الحاكم (قوله وریع ماشرّب الخ) قال في الفتح : فالشهادة بكل منهما : أى من شرب الخمر والسكر من غيره مقيدة بوجود الرائحة ، فلا بد مع شهادتهما بالشراب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائم حال الشهادة وهو بأن يشهدا به وبالشراب أو يشهد به فقط فيأمر القاضي باستنساخه فيستنسخه ويخبر بأن ريحها موجود اه (قوله وهو مؤنث سماعی) الأولى وهى لعوده إلى الريح ولكنه ذكر ضميرها

(بعد المسافة) وحینئذ فلا بد أن يشهدا بالشرب طائعا ويقولوا أخذناه وريحها . وجوده (ولا يثبت) الشرب (بها) بالرائحة (ولا بتأثيرها ، بل بشهادة رجلین یسألما الإمام عن ماهيتها وكيف شرب) لاحتمال الإكراه (ومنى شرب) لاحتمال التقادم (وأي شرب) لاحتمال شربه في دار الحرب ، فإذا بينوا ذلك حبسه حتى يسأل عن عدالتهم ، ولا يقضى بظاهرها في حد ما خافية .

ولو اختلفا في الزمان أو شهد أحدهما بسكره من الخمر والآخر من السكر لم يحد ظهيرية (أو) يثبت (بإقراره مرة صاحباً ثمانين سوطاً) متعلق بيمحد (الحر ، ونصفها العبد ،

لذلك خبر ، والمؤيد السماعي هو ما لم يقترن لفظه بعلامة تأنيث ولكنه سمع مؤنثاً بالإسناد إن كان رباعياً كهذه العقرب قتلنا ، وبه أو بالتصغير إن كان ثلاثياً كمينه في تصغير عين وهذه النار أضرمتها وذلك في ألفاظ محصورة (قوله بعد المسافة) أفاد أن زوالها المعالجة دواء لا يمنع الحد كما في حاشية مبكين معزياً إلى المحيط (قوله ولا يثبت الشرب بها) لأنها قد تكون من غيره كما قيل :

يقولون لي إنك قد شربت مدامة قلت لهم لا بل أكلت الفرجلا

إنك بوزن امع ونكته من بابه : أي أظهر رائحة فك فتح (قوله بالرائحة) بدل من قوله بها (قوله ولا يثبتها) مصدر تنافياً مع لاحتمال أنه شربها مكرها أو مضطراً فلا يجب الحد بالشك ، وأشار إلى أنه لو وجد سكران لا يحد من غير إقرار ولا بينة لاحتمال ماذكرنا أو أنه سكر من المباح بحر ، لكنه يعزى بمجرد الريح أو السكر كما في الفهستاني (قوله رجلين) احتراز عن رجل وامرأتين ، لأن الحدود لا تثبت بشهادة النساء للشبهة كما في البحر (قوله يسألما الإمام) أشار إلى ما في البحر عن القنية من أنه ليس لقاضي الرستاق أو ققيه أو المتفقه أو أئمة المساجد إقامة حد الشرب إلا بتولية الإمام (قوله عن ماهيتها) لاحتمال اعتقادهم أن باقي الأشربة خمر (قوله لاحتمال الإكراه) لكن لو قال : كرهت لا يقبل لأنهم شهدوا عليه بالشرب طائعا وإلا لم تقبل شهادتهم ، ونعامة في البحر (قوله لاحتمال التقادم) هذا مبنى على قول محمد بأن التقادم مقدر بالزمان وهو شهر ، وإلا فالشرط عندهما أن يؤخذ والريح موجودة كما مر أفاده في البحر ، فالتقادم عندهما مقدر بزوال الرائحة وهو المعتمد كما مر في الباب السابق .

والحاصل أن التقادم يمنع قبول الشهادة اتفاقاً ، وكذا يمنع الإقرار عندهما لا عند محمد : ورجع في غاية البيان قوله وفي الفتح أنه الصحيح .

قال في البحر : والحاصل أن المذهب قولهما إلا أن قول محمد أرجح من جهة المعنى اه (قوله من السكر) بفتح السين والكاف : وهو عصير الرطب إذا اشتد ، وقيل كل شراب أسكر عتابة .

قلت : وهذا ظاهر على قولهما إنه لا يحد بالسكر من الأشربة الباهية ، وكذا على قول محمد إنه يحد لعدم توافق الشاهدين على المشروب ، كما لو شهد اثنان أنه زنى بفلاة واثنان أنه زنى بفلاة غيرها تأمل (قوله ظهيرية) ومثله في كافي الحاكم (قوله أو بإقراره) عطف على قوله بشهادة رجلين ، وقدر الشارح يثبت لطول الفصل ه قال في البحر : وفي حصره الثبوت في البينة والإقرار دليل على أن من يوجد في بيته الخمر وهو فاسق أو يوجد القوم مجتمعين عليها ولم يرم أحد شربوها لا يحدون وإنما يعزرون ، وكذا الرجل معه ركوة من الخمر اه بل تقدم أنه لو وجد سكران لا يحد بلا بينة أو إقرار بل يعزى (قوله مرة) رد لقول أبي يوسف إنه لا بد من إقراره مرتين بحر . ولم يتعرض لسؤال القاضي المقرر عن الخمر ماهي ؟ وكيف شربها ؟ وأين شرب ؟ ويبنى ذلك كما في الشهادة ولكن في قول المصنف وعلم شربه طوعاً إشارة إلى ذلك شرباً لالة تأمل (قوله متعلق بيمحد) أي متعلقاً بمعنى

وفرق على بدته كحد الزنا) كما مر .

(فلو أقر سكران أو شهدوا بعد زوال ريحها) لابتعد المساقاة (أو أقر كذلك أو رجع عن إقراره لا) يحد لأنه خالص حتى الله تعالى فيعمل الرجوع فيه ، ثم ثبوته بإجماع الصحابة ولا إجماع إلا برأى عمر وابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين ، وهما شرطاً قيام الرائحة .

(والسكران من لا يفرق بين) الرجل والمرأة و (السماء والأرض . وقال : من يختلط كلامه) غالباً ، فلو نصفه مستظماً فليس يسكران بحر (ويختار الفتوى) لضعف دليل الإمام فتح .

(ولو ارتد السكران) لم يصح (فلا تحرم عرسه) وهذه إحدى المسائل السبع المستثناة من أنه كالصاحي كما

لأنه مفعول مطلق عامله يحد (قوله كما مر) فلا يضرب الرأس والوجه ، ويضرب بسوط لا ثمرة له ، وينزع عنه ثيابه في المشهور إلا الإزار احترازاً عن كشف العورة بحر . وفي شرح الوهبانية . والمرأة تحذف ثيابها (قوله) فلو أقر سكران أي أقر على نفسه بالحدود الخالصة حقاً لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة لا يحد إلا أنه ضمن المسروق ، بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد ، والسكران كالصاحي فيما فيه حقوق العباد عقوبة له لأنه أدخل الآفة على نفسه ، فإذا أقر بالقذف سكران حبس حتى يذهب حو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يحذف عنه العصب فيحد للسكر ، وينبغي أن يقيد حده للسكر بما إذا شهدا عليه به وإلا فيمجرد سكره لا يحد لإقراره بالسكر ، وكذا يؤخذ بالإقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعناق وغيرها فتح مباحصاً وقواعد عامة له النسخ يدل على أنه لو سكر مكرها أو مضطراً لا يؤخذ بحقوق العباد أيضاً (قوله أو أقر كحدث) أي بعد روا

ريحها ، وهذا على قولها إن التقدم يبطل الإقرار وإنه مقدر بزوال الرائحة (قوله فيعمل الرجوع فيه) لاحتياط صدقته وأنه كاذب في إقراره . وإذا أقر وهو سكران يزيد احتمال الكذب فيدأ عنه الحد أيضاً (قوله ثم ثبوته أصبح) هذا بيان لدليلهما على اشتراط قيام الرائحة وقت الإقرار ، فعند عدم قيامها ينتفى الحد لعدم ما يدل عليه لأن الإجماع لم يكلل إلا بقول من اشترط قيامها ، لكن قدمنّا تصحيح قول محمد بعدم الاشتراط وبيانه في النسخ (قوله والسكران النسخ) بيان لحقيقة السكر الذي هو شرط لوجوب الحد في الشرب ما سوى الخمر من الأشرية .

ولما كان السكر متوافقاً لاشتراط الإمام أقصاه درءاً للحد ، وذلك بأن لا يميز بين شيء وشيء ، لأن ما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو ، نعم وافقهما الإمام في حق حرمة القدر المسكر من الأشرية المباحة فاعتبر فيها اختلاط الكلام ، وهذا معنى قوله في الهداية : والمعتبر في القدر المسكر في حق الحرمة ما قاله إجماعاً أخذاً بالاحتياط اه : وذكر في الفتح أنه ينبغي أن يكون قوله كقولها أيضاً في السكر الذي لا يصبح معه الإقرار بالحدود لأنه يكون أدوا للحدود ، وكذا في النسخ لا تصح معه الردة ، إذ لو اعتبر فيه أقصاه لزم أن تصح رده فيها دونته مع أنه يجب أن يحتاط في عدم تكثير المسلم ، والإمام إنما اعتبر أقصى السكر للاحتياط في درء حد السكر واعتبار الأقصى هنا بخلاف الاحتياط ، هذا حاصل ما في الفتح .

قلت : لكن ينبغي أن تصح رده فيها دون الأقصى بالنسبة إلى فسخ النكاح لأن فيه حق العبد ، وفيه العمل بالاحتياط أيضاً كما لا يخفى (قوله ولو ارتد السكران لم يصح) أي لم يصح ارتداده : أي لم يحكم به . قال في الفتح : لأن السكر من باب الاعتقاد أو الاستخفاف ، ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لأنهما فرع قيام الإدراك . وهذا في حق الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى ، فإن كان في الواقع قصد أن يشكلم به ذاكراً للمناه كفر وإلا لا اه . وقد علمت أنفاً ما المراد بالسكر هنا (قوله فلا تحرم عرسه) أي بسبب الردة في حالة السكر ، أما لو طلقها فإنه يقع كما يأتي بيانه (قوله وهذه النسخ) يعني أن حكم السكران من محرم كالصاحي إلا في سبع : لا تصح رده

بسطة المصنف مزيلا للأشياء ونحوه .

ونقل في الأشربة عن الجوهرة حرمة أكل بنج وحشيشة وأفيون ، لكن دون حرمة الخمر ، ولو سكر
بأكملها لا يحد بل يحرز انتهى . وفي النهر : التحقيق مآل العناية أن البنج مباح

ولا إقراره بالحدود الخالصة ، ولا إشهاد على شهادة نفسه ، ولا تزويجه الصغير بأكثر من مهر المثل أو الصغيرة
بأقل ، ولا تطليقه زوجة من وكله بتطليقها حين صهره ، ولا بيعه متاع من وكله بالبيع صاحبا ، ولارد الغاصب
عليه ما غصبه منه قبل سكره ، هذا حاصل ما في الأشباه : ونازعه بحشيه الحموي في الأخيرة بأن المنقول في المهادية
أن حكم السكران فيها كالصاحي ، فبرأ الغاصب من الضمان بالرد عليه . وفي مسألة الوكالة بالتطليق بأن الصحيح
الوقوع نص عليه في الخالية والبحر اهـ وقدمناه أول كتاب الطلاق ، وكتبنا هناك عن التحرر أن السكران إن كان
سكره بطريق محرم لا يطل تكليفه ، فتلزمه الأحكام ، وتصح عباراته من الطلاق والمتاق والبيع والإقرار ،
وتزويج الصغار من كفاء والإقراض والاستقراض ، لأن العقل قائم ، وإنما عرض فوات فهم الخطاب بمحضته فبقى
في حق الإنثم ووجوب القضاء ، ويصح إسلامه كالسكره لارده لعدم القصد اهـ وقدم الشارح هناك أنه اختلف
الصحاح في طلاق من سكر مكرها أو مضطرا وقدمنا هناك أن الرجاء عدم الوقوع ، وقدمنا آنفا عن الفتح
أنه كالصاحي فيما فيه حقوق العباد عقوبة له ؛

مطلب في البنج والأفيون والحشيشة

(قوله لكن دون حرمة الخمر) لأن حرمة الخمر قطعية يكفر منكرها بخلاف هذه (قوله لا يحد بل يحرز)
أي بما دون الحد كما في الدر المنقي عن المنح ، لكن فيه أيضا عن القهستاني عن من البردوي أنه يحد بالسكر
من البنج في زماننا على المنقي به اهـ تأمل . قال في المنح : وفي الجواهر : ولو سكر من البنج وطلق وتطلق زجرا ،
وعليه الفتوى اهـ وقد تقدم عن قاضيخان تصحيح عدم الوقوع فليتأمل عند الفتوى اهـ وتقدم أول الطلاق عن
تصحيح العلامة قاسم أنه إذا سكر من البنج والأفيون يقع زجرا ، وعليه الفتوى ، وقدمنا هناك عن النهر أنه صرح
في البدائع وغيرها بعدم الوقوع لأنه لم يزل عقله بسبب هو معصية . والحق التصحيح : إن كان للتداوي فكذلك
وإن للهو وإدخال الآفة قصدا فينبغي أن لا يتردد في الوقوع اهـ .

قلت : ويدل للأول تحليل البدائع ، ولثاني تحليل العلامة قاسم ... وقدمنا هناك أيضا عن الفتح أن مشايخ
المذهبن من الحنفية والشافعية اتفقوا على وقوع طلاق من غاب عقله بالحشيشة وهي ورق القنب بعد أن اختلفوا
فيها قبل أن يظهر أمرها من الفساد (قوله أن البنج مباح) قيل هذا عندهما . وعند محمد ما أسكر كثيره فقليله حرام ،
وعليه الفتوى كما يأتي اهـ .

أقول : المراد بما أسكر كثيره الخ من الأشربة ، وبه عبر بعضهم وإلا لزم تحريم القليل من كل جامد إذا
كان كثيره مسكرا كالزعفران والعنبر ، ولم أر من قال بجرمتها ، حتى إن الشافعية القائلين بلزوم الحد بالقليل مما
أسكر كثيره خصوه بالمائع : وأيضا لو كان قليل البنج أو الزعفران حراما عند محمد لزم بحكمه نجسا لأنه قال
ما أسكر كثيره فإن قليله حرام نجس ، ولم يقل أحد بنجاسة البنج ونحوه : وفي كافي الحاكم من الأشربة : ألا ترى
أن البنج لا بأس بتدأويه ، وإذا أراد أن يذهب عقله لا ينبغي أن يفعل ذلك اهـ . وبه علم أن المراد الأشربة المائعة ،
وأن البنج ونحوه من الجامدات إنما يجرم إذا أراد به السكر وهو الكثير منه ، دون القليل المراد به التداوي ونحوه
كالطبيب بالعنبر وجوزة الطيب ، ونظير ذلك ما كان سميا قتالا كالمصودة وهي السمقونيا ونحوها من الأدوية السمية

لأنه حشيش، أما السكر منه فحرام .

(أقيم عليه بعض الحد فهرب) ثم أخذ بعد التقادم لا يجد لما مر أن الإيضاح من القضاء في باب الحدود :

(و) لو (شرب) أو زنى (ثانيا يستأنف الحد) لتداخل المتحد كما سيحى .

[فرع] سكران أو صاح جمع به فرسه فصدم إنسانا قات ، إن قادرا على دفعه ضمن وإلا لا مصنف عمادية :

باب حد القذف

هو لغة الرى . وشرعا الرى بالزنا ، وهو من الكبار بالإجماع فتح ،

فإن استعمال القليل منها جائز ، بخلاف القدر المضر فإنه يحرم . فافهم واغتنم هذا التحرير (قوله لأنه حشيش)

لامعنى لهذا التعاليل وليس في عبارة العناية أحد .

قلت : وكذا ليس هو في عبارة التهر ويمكن الجواب بأنه إشارة إلى ما قلناه ، فالمراد التعليل بأنه من الجامدات

لا من المذمعات التي فيها الخلاف في أن قبلها حرام أو لا فافهم (قوله أقيم عليه بعض الحد) أى حد الزنا أو المرقعة

أو الشرب كما في الكافي :

قلت : وأما حد القذف ففيه تفصيل سياتى في آخر الباب الآتى (قوله ثم أخذ الخ) أفصح أشارع هذه

المسألة بين كلامي المصنف إشارة إلى أن استثناء الحد لشرب الخ لا يقتضي ما إذا أقيم عليه بعض الحد ، فحوال

العبارة عن أصلها وكلها بما يناسبها وأقرب بلوى قوله ولو شرب الخ ليجعله مسألة مستأمة . ولا يهين ما فيه من

حسن الصنعة (قوله لما مر الخ) أى في أثناء الباب السابق . وقال في الهداية هناك : إن التقادم كما يمنع فعل

الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء . حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزنا

لم يجد لأن الإيضاح من القضاء في باب الحدود .

قلت : لكن هذا ظاهر في حد الزنا والسرقه : فإن التقادم مقار فيهما بشهر كما مر . أما في حد الشرب فإنه

مقدر عندهما بزوال الرائحة . وعند محمد بشهر أيضا والمعتمد قولنا كما مر وقيام الرائحة إنما يشترط عند الإقرار

أو عند الرفع إلى الحاكم إلا لبعد المسافة ، ولا يجد إلا بعد الصحو كما مر ، ولم يشترطوا قيام الرائحة عند إقامة الحد بل

الصحو مظنة زوالها ، فإذا كان عدم إكمال الحد بسبب زوال الرائحة على قولها يلزم أن لا يقام الحد إلا مع قيام

الرائحة ولم نر من قال بذلك . فالظاهر أن هذا تفريع على قول محمد فقط ، ولا يصح أن يقال إنه مفرع على قولها

أيضا بأن تفرض المسألة فيها إذا أقر بالشرب فهرب لأن التقادم يبطل الإقرار عندها كما تقدم لرجوع المخلوع ،

فإنه يلزم عليه أن المقر لا يجد إلا إذا بقيت الرائحة موجودة وإن لم يرجع عن إقراره الصادر عند قيام الرائحة . وأيضا

فالهرب رجوع عن الإقرار فلا حاجة معه إلى التقادم ، هذا ما ظهر في فتاؤه (قوله ولو شرب أو زنى ثانيا) أى قبل

إكمال الحد كما هو صورة المتن أو قبل إقامة شيء منه . ففي صورتين يجد حدا كاملا بعد الفعل الأخير ، ويدخل

ما بقى من الأول في الثاني ، بخلاف ما إذا أقيم عليه حد الشرب فشرب ثانيا أو حد الزنا فزنى ثانيا فإنه يجد للثاني حدا

آخر ، وبخلاف ما إذا اختلف الجنس ، وسيحى . تمام الكلام على ذلك في باب القذف (قوله وإلا لا) أى لا يضمن

لأن فعلها غير مضاف إليه (قوله مصنف عمادية) أى نقله المصنف عن العمادية ح :

باب حد القذف

(قوله وشرعا الرى بالزنا) الأول ما في العناية من أنه نسبة المحصن إلى الزنا صريحا أو دلالة إذ الحد إنما هو

في المحصن نهر .

لكن في النهر : قذف غير المحصن كصغيرة وعلوكة وحرمة منتهكة مع الصغار :
(هو كحد الشرب كية وثبوتا) فيثبت برجلين يسألها الإمام عن ماهيته وكيفيته

قلت : لكن الإحصان شرط الحد ، وله شروط آخر مستذكر ، والكلام في الحقيقة الشرعية المشروطة بما يأتي .
وينبغي أن يقيد أيضا بكونه على سبيل التعبير والشتم ليخرج شهادة الزنا (قوله لكن في النهر البغ) عزاه في النهر
إلى الحلبي من الشافعية معللا بأن الإيذاء في قذف هؤلاء دون في الحرمة الكبيرة المستمرة ، وذكره في البحر بحثا
غير معزى . ونقل أيضا عن شرح جمع الجوامع أن القذف في الخلوة صغيرة عند الشافعية ، قال وقواعدنا لأناباه
لأن العلة فيه لحوق العار ، وهو مقفود في الخلوة .

واعترضه في النهر بأنه في الفتح استدل للإحصان بآية والذين يرمون المحصنات - وبحديث واجتنبوا السبع الموبقات
وحد منها قذف المحصنات ، أي وهذا صادق على قذف المحصنة في الخلوة بحيث لم يسمعه أحد .

واعترضه أيضا الباقي في شرح المتن بأن المذكور في شرح جمع الجوامع عن ابن عبد السلام أنه ليس بكبيرة
موجبة للحد لانتماء المفسدة . وقال عشيبة القاضي : إن الحق من هذه العبارة نفي إيجاب الحد لاني كونه كبيرة أيضا
لتوجه النفي على القيد : وقال الزركشي أيضا : إن هذا ظاهر فيها إذا كان صادقا دون الكاذب لجرأة على الله تعالى
أي فهو كبيرة وإن كان في الخلوة .

وقال الشارح في شرح المتن : قلت والذي حررته في شرح منظومة والد شيخنا تبعنا لشيوخنا النجم الغزي الشافعي
إنه من الكبائر وإن كان صادقا ولا يشهد له عليه ولو من الرائد لولده أو لولده وإن لم يحد به بل يعزر ولو غيّر محصن ،
وشرط الفقهاء الإحصان إنما هو لوجوب الحد لا لكونه كبيرة . وقد روى الطبراني عن واثلة عن النبي صلى الله
عليه وسلم أنه قال : من قذف ذميا حدث له يوم القيامة بسياط من ناره .

ثم من المعلوم ضرورة أن قذف أم المؤمنين حاشية رضى الله تعالى عنها كفر سواء كان سرا أو جهرا ، وكذا
القول في مريم ، وكذا الرمي بالوطاة أه أي إنه من الكبائر أيضا ، ونسأقي بيان حكمه في باب التعزير (قوله كية)
أي قدرنا وهو نمائون سوطا إن كان حرا ونصفها إن كان القاذف عبدا بحر (قوله فيثبت برجلين) بيان لقوله وثبوتا
وأشار إلي أنه لا مدخل فيه لشهادة النساء كآمر ، وكذا الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي : ويثبت أيضا
بإقرار القاذف مرة كما في البحر ، ولا يستحلف على ذلك ، ولا يمين في شيء من الحدود إلا أنه يستحلف في السرقة
لأجل المال ، فإن أبي ضمن المال ولم يقطع . وإذا اختلف الشاهدان في الزمان لم تبطل شهادتهما عنده كما في الإقرار
بالمال أو بالطلاق أو العتاق : وعندهما لا يحد القاذف ، وإن شهد أحدهما بالقذف والآخر على الإقرار به لم يحد
اتفاقا استحسانا ، وكذا تبطل لو اختلفا في اللغة التي قذف بها أو شهد أحدهما أنه قال يابن الزانية والآخر أنه قال لست
لأبليك أه ملخصا من كافي الحاكم (قوله عن ماهيته) أي حقيقته الشرعية المسارة (قوله وكيفيته) أي القبط الذي
قذف به أه .

قلت : فيه أن هذا اللفظ ركن القذف ، والكيفية الحالة والمهية ، كما يقال : كيف زيد؟ فنقول صحيح أو مستقيم
وقد مر تفسير السؤال عن الكيفية في الشهادة على الزنا بالطوع أو الإكراه . فالظاهر أن يقال هناك ذلك ، إذ
لو أكره القاذف على القذف لم يعد ، لكن ظاهر ما في الكافي أن السؤال هو هذا غير لازم حيث قال وإن جاء المقلوف
بشاهدين شهدا أنه قذفه مثلا عن ماهيته وكيفيته ، فإن لم يزيد على ذلك لم تقبل ، لأن القذف يكون بالحجارة
وبغير الزنا ، وإن قالنا لشهادته قال يأتاني قبلت شهادتهما وحددت القاذف أه فظاهر أن السؤال عن ماهية والكيفية
إنما هو إذا شهدا بالقذف ، أما لو شهدا بأنه قال يأتاني لا يلزم السؤال عن ذلك أصلا ، إذ لو كان مكرها لبيته

إلا إذا شهدا بقوله يازاني ثم يحبسهما ليسأل عنهما كما يحبس لشهود يمكن إحضارهم في ثلاثة أيام وإلا لا ظهيرية ؛ ولا يكفله خلافا للثاني نهر .

(ويعد الحر أو العبد) ولو ذميا أو امرأة (قاذف المسلم الحر) الثابتة حرته وإلا فغيبه التعزير (البالغ العاقل العفيف) عن فعل الزنا ،

فليتأمل : وعلى هذا فيمكن أن يراد بالكيفية أنه صريح أو كتابة فتأمل . وفي حاشية مسكين عن الحموى : وينبغي أن يسألها عن المكان لاحتمال قذفه في دار الحرب أو البقي ، وعن الزمان لاحتمال قذفه في صبيها لاحتمال التقدّم لأنه لا يبطل به ، بخلاف سائر الحدود ، ثم رأيت الأول في البدائع اهـ (قوله إلا إذا شهدا الخ) تكلمنا عليه آنفاً (قوله كما يحبس لشهود) الأولى لشاهد بصيغة المفرد . قال في النهر : فإن لم يعرف عدلتهما حبسه القاضي حتى يسأل عنهما ، وكذا لو أقام شاهداً واحداً عدلاً وادعى أن الثاني في المصر حبسه يومين أو ثلاثة ، ولو زعم أن له بينة في المصر حبسه إلى آخر المجلس . قالوا : والمراد بالحبس في الأولين حقيقته ، وفي الثالث الملازمة (قوله ولا يكفله) أي لا يأخذ منه كفلاً إلى المجلس الثاني . وقال أبو يوسف : يأخذه نهر ، وسيأتي توضيحه في عبارة المتن (قوله ويعد الحر الخ) أي الشخص الحر ، فلا ينافي قوله ولو ذميا أو امرأة فانهم ، ولم أر من تعرض لشروط القاذف ، ويبغى أن يقال إن كان عاقلاً بالغاً ناطقاً طامعاً في دار العدل ؛ فلا يحد الصبي بل يعزر ، ولا المجنون إلا إذا سكر محجوم لأنه كالصاحي فما فيه حقوق العباد كآدم ، ولا المنكره ولا الأخرس لعدم التصريح بالزنا كما صرح به ابن النجاشي عن النهاية ، ولا القاذف في دار الحرب أو البقي كآدم . وأما كونه عالماً بالحرمة حقيقة أو حكماً بكونه ناشئ في دار الإسلام فيحتمل أن يكون شرطاً أيضاً ، لكن في كافى الحاكم حربي دخل دار الإسلام بأمان فقدف مسلماً لم يحد في قول أبي جنيّة الأول ، ويحد في قوله الأخير وهو قول صاحبيه اهـ فظاهره أنه يحد ولو في فور دخوله ، ولعل وجهه أن الزنا حرام في كل ملة فيحرم القذف به أيضاً فلا يصدق بالجهل ، هذا مظهره . ولم أر من تعرض لشيء منه (قوله ولو ذميا) الأول ولو كافراً ليشمل الحربى المستأمن كما علمته آنفاً ، وميذكره المصنف أيضاً (قوله قاذف المسلم الحر الخ) بيان لشروط المقتوف (قوله الثابتة حرته) أي بإقرار القاذف أو بالبينة إذا أنكر القاذف حرته ، وكذا لو أنكر حرية نفسه وقال أنا عبد ، وعلى حد العبد كان القول قوله بجر عن الخيانة (قوله وإلا) أي وإن لم يكن المقتوف مسلماً حراً ، بأن كان كافراً أو مملوكاً ، وكذا من ليس محصن إذا قذفه بالزنا فإنه يعزر ويبلغ به غايته كما سيذكره في باب (قوله البالغ العاقل) يخرج الصبي والمجنون لأنه لا يتصور منهما الزنا إذ هو محل محرم والحرمة بالتكليف .

وفي الظهيرية : إذا قذف غلاماً مراهقاً فادعى الغلام البلوغ بالنسب أو بالاحتلام لم يحد القاذف بقوله بجر ، فهذا يستثنى من قولهم : لو راهقاً وقال بلغنا صدقاً ، وأحكامها أحكام البالغين شرئبالية (قوله العفيف عن فعل الزنا) زاد الشارح في باب اللعان ونهته ، واحترز به من قذف ذات ولد ليس له أب معروف ، وبأن أنه لا يحد قاذفها لأن التهمة موجودة ، فينبغي ذكر هذا القيد هنا ، ولم أر من ذكره .

ثم اعلم أن الزنا في الشرع أهم مما يوجب الحد وما لا يوجب وهو الوطء في غير الملك وشبهه ، حتى لو وطئ جلوية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا فدل على أن فعله زنا وإن كان لا يحد به كما قدمناه عن الفتح أول الحدود .

وأما لو وطئ جاريته قبل الاستبراء فليس بزنا لأنه في حقيقة المالك كوطء زوجته الحائض ، وإنما هو وطء محرم لعارس ، والزنا لا بد أن يكون وطئاً محرماً لعينه كما يأتي بيانه عند قوله أو رجل وطئ في غير ملكه ، ولهذا

فينقص عن إحسان الرجم بشيئين : النكاح والدخول .
وبقي من الشروط أن لا يكون ولده أو ولد ولده أو أخرس أو مجبوا أو غصبا أو وطى . بنكاح أو ملك فاسد
أو هي رنقاء أو قرناء وأن يوجد الإحصان وقت الحد : حتى لو أوتد سقط حد القاذف ولو أسلم بعد ذلك ففتح
(بصريح الرنا) ومنه أنت أرنى من فلان أو متى على ماى الطهيرية .

فإن ممكن قوله عفيما عن الزنا احتراز عن الوطء الحرام في المثلث فإنه لا يخرج اتواطىء عن أن يكون غصبا اهـ .
فما قبل إنه لا يصح أن يراد بالرناء المصطلح ولا غيره غير صحيح فافهم (قوله فينقص عن إحسان الرجم بشيئين)
الأول شيئين بدون البناء الجارية لأن نقص يتعلق بنفسه فأدلت هذا . وقد بان أن شروط الإحصان تسعة فقدمه
(قوله وبقي من الشروط الخ) قلت : بقى منها أيضا على ماى شرح الوهبانية : أن لا يكون أم ولده الحرة الميتة .
وأن لا يكون أم عبده الحرة الميتة . وأن تطلب المقدوف المند . وأن لا يموت قبل أن يحد القاذف لأن الحدود
لا تراث (قوله أن لا يكون) أى المقدوف وولده . فاذف (قوله أو أخرس) لأنه لا بد فيه من الدعوى وفى إشارة
لأخرس إحصان يدرأه الحد (قوله أو مجبوا) هو مقطوع الذكر . والأشبين جميعا كما فسروه فى باب العين ،
ولا يخفى أن تطوع الذكر وحده مثله اهـ ح . ووجهه أن الزنا منه لا يتعدو فلم يلحقه عار بالقذف لظهور
كذب القاذف : مل (قوله أو غصبا) بفتح غاء : من سات خصيته وبقي ذكره . والشراح تبع فى التعبير به
صاحب النهر ، وهو وهم سرى من ذكر الحد ، ب لتأثرهما فى الخيال . قال فى المحيط : بخلاف ما لو قذف غصبا
أو غصبا لأن رنا منهما متصور لأن لما أتت الرنا اهـ ح (قوله أو ملك فاسد) كذا فى شرح الوهبانية عن
النفق . وتبعه المصنف فى المنع . وهو خلاف نص المذهب . فى كافى الحاكم : رجل اشترى جارية شراء
فاسدا فوطئها ثم قذفه إنسان قال على قاذفه الحد اهـ ومثله فى القهستانى : وكذا فى الفتح قال لأن الشراء الفاسد
يوجب الملك . بخلاف لنكاح الفاسد لا يثبت فيه ملك فلا يستقط إحصانه بالوطء فيه ولا يحد قاذفه اهـ ونحوه
فى ح عن المحيط .

قلت : وقد يجاب بأن المراد بالملك الفاسد ما ظهر فيه نساد الملك بالاستحقاق . فى الحانية : اشترى جارية
فوطئها ثم استحققت قذفه إنسان لا يحد (قوله حتى لو أرتد) وكذا لو زنى أو وطى وطئا حراما أو صار معها
أو أخرس أو بقى كذلك لم يحد القاذف كافى الحاكم .
[نده] ذكرى فى النهر عن السراجية أنه لو قذف خفى بلغ مشكلا لا يحد . قال . ووجهه أن نكاحه وقوف
وهو لا يبعد الحل اهـ .

واعترضه الحموى بأنه لا تدخل للنكاح البات المتيقن للحل فى إيجاب حد القذف حتى يرتب على عده عدم
وجوب الحد : وإنما ذاك فى حد الزنا بالرجم اهـ .

قلت : مراد النهر أن الخفى لو تزوج ودخل قذفه آخر لا يحد . لأنه وطى فى غير ملكه إذ لا يصح النكاح
بلا إذا زال الإشكال (قوله بصريح الرنا) بأى لسان كان شربلاية وغيه ها . واحترز عما أو قال وطئا فلان
وطئا حراما أو حرامات حراما فلا حد بخبر . وكذا لو قال فجرت بفلانة أو عرض فقال لست بزنان كافى الكافى .
وفيه : وإن قال قد أخبرت بأنك زان أو أشهدنى رجل على شهادته إنك زان . أو قال اذهب فقل لفلان إنك
زان فذهب الرسول فقال له ذلك عنه لم يكن فى شيء من ذلك حد (قوله على ماى الطهيرية) وبخلافه ماى الفتح
عن المبسوط : أنت أرنى من فلان أو أرنى الناس لاحد عليه . وعلاه فى الجوهره بأن معناه أنت أرتد الناس على الزنا .
ونقل فى المتح أيضا عن الخطاب أنت أرنى الناس أو أرنى من فلان عليه الحد وفى أنت أرنى منى لاحد عليه اهـ .

ومثله النيك كما نقله المصنف عن شرح المنار ، ولو قال يازاني بالهمز لم يجد شرح تنكلا (أو) قوله (زنا) في الجبل (بالهمز فإنه مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة الغضب تعين الفاحشة (أو لست لأنيك) ولو زاد ولست لأنيك أو قال لست لأنيك فلا حد (أو لست بآبن فلان لأنيه) المعروف به (و) الحال أن (أمة محصنة) لأنها المقلوبة في الصورتين ، إذ المعبر إحصان المقلوبة لا الطالب شئني (في غضب) يتعلق بالصور الثلاث

قلت : ووجه ما في الظهيرية ظاهر لأن فيه النسبة إلى الزنا صريحا . وما في الميسوط ناظر إلى احتمال التأويل ، وما في الحانية من التفرقة مشكل . وقد يوجه بأن قوله أنت أزني من فلان فيه نسبة فلان إلى الزنا وتشريك المخاطب معه في ذلك القذف ، بخلاف أنت أزني مني لأن فيه نسبة نفسه إلى الزنا وذلك غير قذف فلا يكون قذفا للمخاطب لأنه تشريك له فيما ليس بقذف (قوله عن شرح المنار) أي لابن ملك في بحث الكتابة اهـ .

قلت : ومثله في المغرب حيث قال : النيك من ألقاظ الصريح في باب النكاح ، ومنه حديث ما عزم أسكنها قال نعم ، (قوله لم يجد) الظاهر أن ذكر لم سبق قلم . قال في المحيط : ولو قال لغيره يازاني برع الهمة ذكر في الأصل أنه إذا قال عنتيت به الصعود على شيء أنه لا يصدق ويحد من غير ذكر خلاف لأنه نوى مالا يحتمله لفظه لأن هذه الكلمة مع الهمز إما يراد به الصعود إذا ذكر مقرونا بمحمل الصعود ، يقال زاني الجبل وزاني السطح ، أما غير مقرون بمحمل الصعود إنما يراد به الزنا إلا أن العرب قد تهمز اللين وقد تلين الهمة ، فقد نوى مالا يحتمله فلا يصدق اهـ .

قلت : وقوله من غير ذكر خلاف صرح بالخلاف في كافى الحاكم فقال وقال محمد لأحد عليه . ومثله في الحانية ، فذكره الشارح قول محمد فافهم (قوله أو بقوله زنا) في الجبل (أي وإن قال عنتيت به الصعود خلافا لمحمد فلا يحد عنده لأنه حقيقة في الصعود عنده) (قوله بالهمز) فلو أنى بالياء المشاة حد اتفاقا ، وكذا لو حذف الجبل كما أفاده في غاية البيان ، ولو قال عن الجبل ، قيل لا يحد وجزم في الميسوط بأنه يحد . قال في المنح : وهو الأوجه لأن حالة الغضب تعين تلك الإرادة وكونها فوقه ، وتعين الصعود مسلم في غير حالة السباب فهو وفي البحر عن غاية البيان : وهو المذهب عندى (قوله فلا حد) للكذب ، ولأن فيه نفي الزنا لأن نفي الولادة نفي للوطء بحر ، وكذا لو نفاه عن أمه فقط للصدق لأن القسب ليس لأمة بحر (قوله لأنيه المعروف) أي الذي يدعى له ، وكذا لست من ولد فلان أو لست لأب أو لم يلدك أبوك ، بخلاف لست من ولادة فلان فإنه ليس بقذف بحر عن الظهيرية . وبه علم أن التقييد بأبيه المعروف احتراز عما لو نفاه عن شخص معين غير أبيه لاهمال نفاه عن أب مطلق شامل لأبيه وغيره . قال في البحر : وأشار المصنف إلى أنه لو قال إنك ابن فلان لغير أبيه فالحكم كذلك من التفصيل اهـ (قوله لأنها المقلوبة في الصورتين) لأن نفي نسبه من أبيه يستلزم كونه زانيا ، فلم أن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا نهر ونحوه في القتح :

قلت : وفيه نظر ، بل يستلزم كون المقلوب هو الأم وحدها كما صرح به أولا ، أما زنا الأب فغير لازم لأنه إذا ولد على فراش أبيه وقد نفي القاذف نسبه عن أبيه لزم منه أن أمه زنت برجل آخر لأن المراد بالأب أبوه المعروف الذي يدعى له كما مر ، ثم يصح ذلك لو أريد بالأب من خلق هو من مائه فحينئذ يكون قذفا للأم ولمن علق به من مائه لا للأب المعروف ، لكنه يخالف قوله قبله لأنيه المعروف ، هذا ما ظهر لي فأنقله (قوله لا الطالب) هو الذي يقع القذف في نسبه كما يأتي ، والمراد به هنا الابن ، وهذا إذا كانت المقلوبة بيعة ، فلوحية فالطالب هي ، وعلى كل فالشرط إحصانها لا إحصان ابنها (قوله في غضب) إذ في الرضا يراد به المعاتبة بنى مشابته له في أسباب المروءة هداية (قوله يتعلق بالصور الثلاث) فيه رد على البحر ، حيث لم يقيده بالغضب في الثانية

(بطل المقلوف) المحصن لأنه حقه (ولو) المقلوف (غالبا) عن مجاز القاذف (حال القذف) وإن لم يسمعه أحد نهر ، بل وإن أمره المقلوف بذلك شرح تكملة (وينزع الفرو والحشو فقط) إظهارا للتخفيف باحتيال صدقه ، بخلاف حد شرب وزنا (لا) يحد (بلست بآبن فلان جده) لصدقه

بل أطلق فيها تبعا لظاهر عبارة الهداية ، لكن أولا الشراح فأجروا التفصيل في الكل : وذكر في شرح الوهبانية أنه طاهر المذهب والاعتماد عليه . وتام تحقيقه في النهر (قوله بطل المقلوف المحصن) لعل المراد به المحصن في نفس الأمر : وإلا فاشترط الإحصان علم مما مر ، فيكون إشارة إلى ما بحثه في القنية حيث نقل أنه إذا كان غير عديم في السر له مظالة فاذف ديانة ، ثم قال : وفيه نظر لأنه إذا كان زانيا لم يكن قدفه موجبا للحد ، وأبده في النهر بأن رفع العار محو زلازم وإلا لامتنع عفو عنه وأجر على الدعوى وهو خلاف الواقع اه :

قلت : بل في انتشارخدية . وحسن أن لا يرفع القاذف إلى القاضي ولا يطالبه بالحد ، وحسن من الإمام أن يقول له قل البتوت أعرض عنه ودعه اه . فحيث كان الطلب غير لازم ، بل يحسن تركه فكيف يحمل طلبه ديانة إذا كان القاذف صادق (قوله أنه حقه) عبارة النهر لأن فيه حقه من حيث دفع العار عنه اه وهذه العبارة أولى لأن فيه حق الشرع أيضا . بل هو مالم فيه كما أوضحه في الهداية وشروحا (قوله ولو المقلوف غالبا الخ) ذكر هذا تعميم في لئلا حاجة لثلاث من المضمرات ، واعتمده في الدرر وقال : ولا بد من حفظه فإنه كثير الوقوع مع .

قلت : ولعله يشير إلى ضعف ماى حاوى الزاهدى . مع من أناس كثيرة أن فلانا يزنى بفلاتة فحكم ما سمعه منهم لآخر مع عيبة فلان لا يجب حد القذف لأنه غيبة لا رمى وقذف بالزنا ، لأن الرمي والقذف به إنما يكون بالخطاب كقوله يارنى أو يازانية (قوله حال القذف) احتراز عن حال الحد ، لما في البحر من كافي الحاكم : غاب المقلوف بعد ما ضرب بعض الحد لم يتم إلا وهو حاضر لاحتمال العفو وسينبه عليه الشارح (قوله وإن لم يسمعه أحد نهر) لم أره في البحر هنا ، وإنما ذكره أول الباب عن البلقينى الشافعى ، وقدما الكلام عليه (قوله وإن أمره المقلوف بذلك) أى بالتدفع . لأن حق الله تعالى فيه غالب ولذا لم يسقط بالعفو كما يأتي ، بخلاف ما لو قال لآخر اقتلني فقتله حيث يسقط التقصاص لأنه حقه ويصح عفو عنه (قوله وينزع عنه الفرو والحشو) لأنهما يمتنعان وصول الألم ، ومقتضى هذا أنه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع . والظاهر أنه إن كان فوق قميص نزع لأنه يصير مع القميص كالخش أو قريبا منه كذا في الفتح (قوله بخلاف حد شرب وزنا) فإنه فيما بمجرد من ثيابه كما مر (قوله لصدقه) لأن معناه الحقيقي بنى كونه مخلوقا من مائه . واعترضهم في الفتح بأن في نفيه عن أبيه احتمال هذا مع احتمال المجاز وهو نفي المشابهة . وقد حكوا حالة الغضب فجعلوها قرينة على إرادة المعنى الثاني المجازى ونفيه عن جده له معنى مجازى أيضا وهو نفي المشابهة ، ومعنى آخر وهو نفي كونه أبا أهل له بأن لا يكون أبوه مخلوقا من مائه بل رتب به جدته ، وحالة الغضب تعين هذا الأخير ، إذ لا معنى لإخباره في حالة الغضب بألك لم تخلق من ماء جدك ، ولا تخلص إلا أن يوجد إجماع فيه على نفي التصديق بالإجماع على ثبوته هناك اه ملخصا .

قلت : وقد يجاب بالفرق ، وهو أن نفيه عن أبيه قذف صريح لأنه المعنى الحقيقي ، وحالة الغضب تنق احتمال المجاز وهو المعانة بنى المشابهة في الأخلاق ، فقد ساعدت القرينة الحقيقة ، بخلاف نفيه عن جده فإن معناه الحقيقي ليس قذفا بل هو صدق ، لكن القرينة وهى حالة الغضب تدل على إرادة القذف ، فيلزم منه العلول عن الحقيقة إلى المجاز لإثبات الحد وهو خلاف القاعدة الشرعية من أنه يحتاج في دونه لاثني إثباته على أنه لا مانع

(وبنسبته إليه أو إلى خاله أو إلى عمه أو رابه) بتشديد الباء: مريبه ولو غير زوج أمه زليلى لأنهم آباء مجازاً (ولا بقوله يا ابن ماء السماء) وفيه نظر ابن كمال (ولا) بقوله (يا بنطى) لعربي في النهر متى نسبته لغیر قبيلته أو نفاه عنها عزز، وفيه يافرخ الزنا يابيض الزنا ياحمل الزنا ياسخلة الزنا قذف، بخلاف ياكبش الزنا أو ياحرام زاده

من أن يأتي في حالة الغضب بكلام موهم للشتم والسب بظاهره ويريد به معناه الحقيقي، احتيالا للرد للحد عنه، ولصيانة ديانته من إرداة المنكر والزور الذي هو من السبع الموبقات بل حال المسلم يقتضى ذلك، بخلاف نفيه عن أبيه فإنه قذف صريح بحقيقته مع زيادة القرية كما قلنا، ففي العدول عنه تفويت حق المقدوف بلا موجب، هذا ماظهره في قدره (قوله وبنسبته إليه) أى إلى حده بأن قال له أنت ابن فلان لجده (قوله لأهم آباء مجازاً) أما الجدل فلاه الألب الأعلى، وأما الخال فلما أخرجه الديلمى في الفردوس عن ابن عمر مرفوعاً وانحال والد من لا وولد له، وأما العم، فلقوله تعالى - وإله آبائكم إبراهيم - فإن إسحق كان عمًا ليعقوب عليهم السلام. وأما الرب فلا تربية، وقبل في قول نوح - إن ابني من أهلى - إنه كان ابن امرأته أعاده في الفتح (قوله ولا بقوله يا ابن ماء السماء) لأنه يراد به التشبيه في الجود والسماحة، لأن ماء السماء لقب به عمارس حارثة الأزدى، لأنه في وقت الفتح كان يقيم ماله مقام القطر فهو كالسما عطاء وجوداً، وتماه في الفتح (قوله وفيه نظر) لأن حالة الغضب تأتي عن قصد التشبيه كما قاله ابن كمال.

قلت: وقد أورد هذا في الفتح سؤالاً. وأجاب عنه بأنه لما لم يعهد استعماله لنى نسب يمكن أن يحمل المراد به في حالة الغضب التكم به عليه كما قلنا في قوله لست بعربي لما لم يستعمل لنى يحمل في حالة الغضب سبه بتنى الشجاعة والسفاه ليس غير اهـ.

قلت: واستعمل مثل ذلك في التكم سائق لغة وشائع عرفاً، كما يقال في حال الخصام من سبي يا ابن الكرام يا كامل يادوب ونحو ذلك مما لا يقصد حقيقته فافهم.

[تنبيه] قال في الفتح: وقد ذكر أنه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء وهو معروف بمحذ في حال السب به بخلاف ما إذا لم يكن اهـ وأفره في البحر والنهر.

قلت: لكن ينبغي تنبيده بما إذا لم يكن ذلك الرجل مشهوراً بالكرم ونحوه وإلا فهو أصل المسألة، إذ لافرق بين كونه حياً أو ميتاً، ولا خصوصية أيضاً لهذا الاسم بل مثله كل اسم مشهور بصفة حميدة أو قبيحة، فابن ماء السماء والبنطى مثلاً، هذا ماظهره (قوله يا بنطى) البنط: جبل من الناس كانوا يزلون سواد العراق ثم استعمل في أخلط الناس وعوامهم والجمع أنباط مثل سبب وأسباب الواحد بناطى بفتح التون وضمها وزيادة الألف مصباح.

[تنبيه] في البحر أن ظاهر كلامهم أنه لا يحد في هذه المسائل سواء كان في حالة الغضب أو الرضا (قوله في النهر الخ) عبارته: ينبغي أن يعزز به: أى بقوله يا بنطى لأن النسبة إلى الأخلاق الدينية تجعل شتاً في الغضب ويؤيده ما في المبسوط: لو قال لهاشمى لست بهاشمى عزز، وعلى هذا لو نسبته لغیر قبيلته أو نفاه عنها (قوله وفيه) أى في النهر عن التارخانية عن أنى يوسف (قوله ياحمل الزنا) الظاهر أنه حرك الميم بقرية ما قبله وما بعده: وهو ولد الضأن في السنة الأولى، والسخلة تطلق على الذكر والأنثى من أولاد الضأن ساعة تولد والجمع سخال وتجمع أيضاً على سخل مثل تمرمة وتمر مصباح (قوله قذف) لأن هذه الألفاظ تنهى عن الولادة فكانت بمعنى يولد الزنا (قوله بخلاف ياكبش الزنا) لأنه لا ينهى عن ذلك أو لأنه يطلق على سيد القوم وقائدهم كما في القاموس (قوله ياحرام زاده) لأن معناه المتولد من الوطء الحرام فيم حالة الحيض كما سيذكره

فتنة ؛ وفيها : لو جحد أبوه نسبة فلا حد (ولا) حد (بقوله لا امرأة زنت ببعير أو بشور أو بجمار أو بفرس) لأنه ليس زنا شرعا (بخلاف زنت ببقرة أو بشاة) أو بناق أو بمعاوة (أو بوث أو بدراهم) فإنه يحد ، لأنها لاتصلح للإبلاخ فيراد زنت وأخذت البذل ، ولو قيل هذا لرجل فلا حد لعدم العرف بأخذه المال (و) إنما يطلبه بقذف الميت من يقع القذف في نسبة (سب) قذفه (أى الميت) وهم الأصول والفروع وإن علوا أو سفلوا ، ولو كان الطالب محجوبا أو (محروما من الميراث) بقتل أو رق أو كفر (أو ولد بنت) ولو مع وجود الأقرب أو عفو أو تصديقه

الشارح مع دفع ماورد عليه في باب التعزير (قوله وفيها) أى في الفتنة (قوله فلا حد) أى على قاذف الولد بقوله بأولاد الزنا (قوله لأنه ليس بزنا) لأن الزنا لإدخال رجل ذكره فتح (قوله فيراد زنت وأخذت البذل) أى بلا استئجار . قال في البحر : فإن قيل بل معناه زنت بدرهم استؤجرت عليه ، فينبغي أن لا يحد في قول أبي حنيفة : قلنا : هذا محتمل أيضا فيقتابل المحتملان ويبقى قوله زنت (قوله لعدم العرف بأخذه للمال) هكذا عدل في الفتح والنهر ، وفيه نظر فإنه كما يحتمل أن يكون هو الآخذ محتمل أن يكون هو الدافع بل هو الأظهر بقرينة العرف ، وهو أن الرجل يدفع المال بمقابلة الزنا ، نعم قد يأخذ على الواطئة به بدلا ، لكن الكلام في الزنا والواطئة غيره فنأمل ، ويؤيد ما قلنا ما في البحر : ولو قال لرجل زنت ببعير أو بناق أو ما أشبه ذلك لأحد عليه لأنه نسبة إلى إتيان البهيمة ؛ فإن قال بأمة أو دار أو ثوب فعليه الحد كذا في الخانية والظهيرية اهـ (قوله وإنما يطلبه) أى الحد (قوله بسبب) متعلق بالقذف (قوله وهم الأصول والفروع) شمل الأصول الجدد ، ولا يخالفه قول الخانية : لو قال جدك زان لأحد عليه ، لما في الظهيرية من أنه لا يدرى أى جد هو . وفي الفتح لأن في أجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما ، بخلاف أنت ابن ابن الزاني لأنه قذف لجدته الأخت وسئل أيضا الأم فتطالب بقذف ولدها ، ويستثنى من الأصول أبو الأم وأم الأم ، وما في الفتح عن الخانية من ذكره أبا الأب بدل أبي الأم سبق قلم فإن الموجود في الخالية أبو الأم . وخرج الأخ والم والعمة والمولى كما في الخانية ، أفاد ذلك كله في البحر :

قلت : والمراد بالأخ والم أخو الميت وعه (قوله محجوبا) كالجد أو ابن الابن مع وجود الأب أو الابن ط (قوله أو رق أو كفر) لأنه لا يشترط إحصان الطالب كما مر (قوله أو ولد بنت) فله المطالبة بقذف جده ، وعن محمد خلافه ، والمذهب الأول لأن الشين يلحقه إذ النسب ثابت من الطرفين بحر أى طرف الأب وطرف الأم .

قلت : ويشكل استثناء أبي الأم وأم الأم من الأصول كما مر ، فليس لهما الطلب بقذف ولد البنت وهنا أتبعنا لابن البنت الطلب بقذف أحدهما . ويمكن دفع الإشكال بكون الاستثناء المار منها على قول محمد فليأتمل .

مطلب في الشرف من الأم

ثم إن المراد بالنسب الجزئية لأنها مبنى ثبوت حق المطالبة بها كما في الفتح وإلا فالنسب للأب فقط فليس فيه دليل على أن ابن الشريفة شريف ، ولذا قال الشارح في باب الوصية للأقارب من كتاب الوصايا إن الشرف من الأم فقط غير معتبر كما في أواخر فتاوى ابن نجيم ، وبه أفق شيخنا الرمل ، نعم له مزية في الجملة اهـ وسيأتي تمامه هناك إن شاء الله تعالى (قوله ولو مع وجود الأقرب) مرتبط بقوله وإنما يطلبه الخ ، ودخل المساوى

للعقوقهم العار بسبب الجزية ، قيد بالميت لعدم مطالبته في الغائب لجواز تصديقه إذا حضر .
(قال باين الزائنين وقد مات أبواه فعليه حد واحد) للتدخل الآتي ثم موت أبويه ليس بقيد بل فائدته في المطالبة .

ذكر في آخر المبسوط أن معوضة قالت لرجل باين الزائنين فجاء بها إلى ابن أبي ليلى فاعترفت فحدها حدين في المسجد فبلغ أبا حنيفة ، فقال أخطأ في سبع مواضع : بنى الحكم على إقرار المعوضة ، وألزمها الحد ، وحدها حدين ، وأقامهما معا ، وفي المسجد ، وقائمة ، وبلا حضرة ولها . وقال في الدرر : ولم يتعرف أن أبويه حيان فتكون الخصومة لها أو ميتان فتكون الخصومة للابن .

(اجتمعت عليه أجناس مختلفة) بأن قذف وشرب وسرق وزنى غير محصن (بقام عليه الكل) بخلاف المتحد (ولا يوالى بينها) خيفة الهلاك بل يحبس حتى يبرأ (فيبدأ بحد القذف) لحق العبد (ثم هو) أى الإمام (غير إن شاء بدأ بحد الزنا وإن شاء بالقطع) لثبوتها بالكتاب (ويؤخر حد الشرب) لثبوتها بالجهد الصحابة ، ولو فقا أيضا بدأ بالفق ثم بالقذف ثم يرجع لو محصنا ولغا غيرها بحر .

بالأولى (قوله للعقوقهم العار) من إضافة المصدر إلى مفعوله والعار بالرفع فاعل المصدر ط (قوله بسبب الجزية) أى كون الميت جزءا منهم أو كونهم جزءا منه ط (قوله في الغائب) أى في قذف الغائب ، وكذا في الحاضر بالأولى (قوله للتدخل الآتي) أى في آخر الباب ، وأشار إلى أن هذه المسألة من فروع تلك فكان المناسب ذكرها هناك (قوله ليس بقيد) أى في التدخل فإن عليه حدا واحدا وإن كانا حين (قوله بل فائدته في المطالبة) أى في ثبوت المطالبة للابن ، بخلاف ما إذا كانا حين فإن الطلب لها ط عن المنع (قوله فجاء بها) الذى رأته في المبسوط : فأتى بها ، والظاهر أنه بالبناء للمجهول لما في التارخانية وغيرها : إن من مواضع الخطأ أنه ضربها بغير خصم ، وهذا يقتضى أن الرجل المذكور لم يرفعها إليه (قوله على إقرار المعوضة) وإقرارها هل مدر مبسوط (قوله وألزمها الحد) والمعوضة ليست من أهل العقوبة مبسوط : أى لا يلزمها الحد ، ولو ثبت عليها ذلك بالينة فلزمها به خطأ من حيث ذاته ، وكونه بإقرارها خطأ آخر فافهم (قوله وحدها حدين) ومن قذف جماعة لا يقيم عليه إلا حد واحد مبسوط (قوله وأقامهما معا) ومن اجتمع عليه حدان لا يوالى بينهما كما يأتي قريبا (قوله وفي المسجد) وليس للإمام أن يقيم الحد في المسجد مبسوط (قوله وقائمة) وإنما تضرب المرأة قاعدة مبسوط (قوله وبلا حضرة ولها) وإنما يقام الحد على المرأة بمحضرة ولها ، حتى إذا انكشف شيء من بدنها في اضطرابها ستر الولي ذلك عليها مبسوط ، فالمراد بالولي من يحل نظره إليها من زوج أو محرم (قوله وقال في الدرر الخ) ومثله في الفتح والبحر (قوله غير محصن) يأتي محترقه قريبا (قوله بخلاف المتحد) فإنه يتدخل كما مر آنفا ، ويبقى آخر الباب بيانه (قوله ولا يوالى) الظاهر أنه مبنى للمجهول ليناسب قوله قبله يقام عليه الكل ، ويحمل بناؤه للفاعل ، وكذا قوله فيبدأ ولكنه خلاف المتبادر مع عبارة الشارح حيث لم يفسره بالإمام بل فسر به الضمير البارز فقط ، وإلا كان المناسب تقديمه فافهم (قوله لحق العبد) أى لما فيه من حق العبد وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى (قوله ولو فقا) أى فقا عين رجل نهر . والذى يظهر أن المراد به ذهاب البصر رملى : أى لإذهاب الخلدقة لأنه لا يمكن فيه القصاص ، إذ المراد أنه لو فعل مع هذه الجنائيات ما يوجب القصاص فهادون النفس من إذهاب البصر ونحوه فيبدأ به لأنه خالص حتى العبد ثم بالقذف لأنه مشوب بجمعه (قوله لو محصنا) أما لو غير محصن فإنه يخبر لأنه يقام عليه الكل ولا يلغى شيء ككاهن (قوله ولغا غيرها)

وفي الحاوى القدسي : ولو قتل ضرب للذف وضمن السرقة ثم قتل وترك ما بقي ، ويؤخذ ما سرقه من تركته لعدم قطعه نهر :

(ولا يطالب ولد) أى فرع وإن سفل (وعيد أباه) أى أصله وإن علا (وسيداه) أى ونشر مرتب (بذف أمه الحرة المسلمة) المحصنة (فلو كان لها ابن من غيره) أو أب أو نحوه (ملك الطلب) فى النهر . وإذا سقط عنه الحد عزز بل يشتم ولده يعزر (ولا إرث) فيه خلافا للشافعى (ولا رجوع) بعد إقرار (ولا اعتياض) أى أخذ

هو حد السرقة والشرب لأنه محض حق الله تعالى وقد فات محله (قوله وضمن السرقة) يفتى عنه ما ذكره بعده ، وقيد بالضمين لأنه لا يقطع لأن القطع حقه تعالى (قوله وترك ما بقي) أى حد السرقة والشرب كما لو لم يوجد مع القتل غيرهما . قال فى النهر : ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ما سوى ذلك ، لأن المقصود الزجر له ولغيره ، وأتم ما يكون باستيفاء النفس والاشتغال بما دوله لا يفيد اهـ :

وفى أحكام الدين من الأشياء مانعه : ولم أر إلى الآن ما إذا اجتمع قتل القصاص والردة والزنا ، وينبى تقديم القصاص قطعاً لحق العبد ، وما إذا اجتمع قتل الزنا والردة ، وينبى تقديم الرجم لأن به يحصل مقصودهما بخلافه . إذا قدم قتل الردة فإنه يفوت الرجم اهـ (قوله لعدم قطعه) فإن الضمان إنما يسقط لفوروة القطع ولم يوجد نهر (قوله وعيد) الواو بمعنى أو فلذا أفرد الضمير بعده تأمل (قوله أى أصله وإن علا) ذكر أركان أو أنبى ، فلا يطالب أباه أو جده وإن علا وأمه وجدته وإن علت بحر (قوله بذف أمه) أى الميتة نهر ، ولو حية كانت المطالبة لها كما مر . قال فى البحر : وأشار إلى أنهما : أى الولد والعبد لا يطالبان بقذفهما بالأولى اهـ أى يذف الأب والمولى لهما (قوله المحصنة) علم منه أنه لا بد أن تكون حرة (قوله أو نحوه) أى كالأم وغيرها مما يقع للفتح فى نسبه كما مر بيانه (قوله ملك الطلب) أى حيث لم يكن مملوكاً للقاذف ، فسقوط حق بعضهم لا يوجب سقوط حق الباقين بحر : وقيد بقوله للقاذف بأنه لو كان مملوكاً لغيره له الطلب كما أفاده أبو السعود الأزهري (قوله عذر) ذكره فى النهر بحثاً أخذاً مما فى الفتية لو قال لآخر يا حراى زاده لا يحد ، ولو قاله الوالد لولده يعزر ، فإذا وجب التعزير بالشتم بالقاذف أولى ؛ فقول فى البحر وفى نفسه منه شيء لتصريحهم بأن لوالد لا يعاقب بسبب ولده ، فإذا كان لفظ لا يوجب عليه شيئاً فالشتم أولى اهـ ممنوع نهر .

وجه المنع أن الأولوية بالعكس كما علمته ، ولا يلزم من سقوط الحد بالقذف سقوط التعزير به لسقوط الحد بشبه الأبوة لكون الذالب فيه حق الله تعالى ، بخلاف التعزير ولأنه لا يلزم من سقوط الأهل سقوط الأدنى ، لكن لا يخفى أن قولم لا يعاقب الوالد بسبب ولده يشمل التعزير لأنه عقوبة فى توقف صاحب البحر على حاله . وقد يجاب بأن القاضى لم يعاقبه لأجل ولده بل لخالفته أمر الله تعالى (قوله ولا إرث فيه) أى إذا مات المقتول قبل إقامة الحد على القاذف أو بعد إقامة بعضه بطل الحد ، وليس لوارثه إقامة ، وهذا بخلاف ما إذا كان المقتول ميتاً فإن الطلب يثبت لأصوله وفروعه أصالة لا بطريق الإرث ، ونعامة فى البحر (قوله خلافاً للشافعى) الأولى ذكره بعد قوله فيه وعنه لأن الخلاف فى الكل ، ومعنى الخلاف أن الغالب فى حد القذف حق الشرع عندنا وعندنا عند حق العبد ؛ فعنده يورث ويصح الرجوع عنه والعفو والاعتياض نظر إلى جالب حق العبد ، وعندنا بالعكس نظراً إلى جالب حقه تعالى ، وبيان تحقيق ذلك فى الفتح (قوله ولا اعتياض) مقتضاه أن القاذف إذا دفع شيئاً للمقتول ليسقط حقه رجع به . قال المولى سرى الدين فى حواشى الزيلعى : وهل يسقط الحد إن كان ذلك بعد مرفعه إلى القاضى ؟ لا يسقط وإن كان قبله سقط كذا فى فصول العمادى اهـ

عوض ولا صلح ولا عفو (فیه) . وعنه) نعم لو عفا المقلوف فلا حد للصحة العفو بل اترك الطلب ، حتى لو عاد وطلب حد شئني ولذا لا يتم الحد إلا بمحضرة (قال آخر يازاني فقال الآخر) لا (بل أنت حاد) لغلبة حق الله تعالى فيه (بخلاف ما لو قال له مثلاً ياخييت فقال بل أنت) لم يعزرا لأله حقهما وقد تساوى (تكافأ) بخلاف ماسبيجيء لو تشامتا بين يدي القاضي أو تضاربا لم يتكافأ لهلك مجلس الشرع ولتفاوت الضرب

قلت : ينبغي أن يكون العفو عن هذا التفصيل ، ولا ينافيه قولهم إنه لا يبطل بالعفو لحمله على ما بعد المرافعة أبو السعود .

أقول : والمنقول خلافه . ففي الخاتمة : ولا يسقط هذا الحد بالعفو ولا بالإبراء بعد ثبوته ، وكذا إذا عفي قبل الرفع إلى القاضي اه (قوله ولا صلح) فلا يجب المال وسقوط الحد على التفصيل السابق أفاده المصنف . وأورد أن الصلح هو الاعتياض فلا وجه لذكره بعده . وأجب بأن الاعتياض يتم عقد البيع بخلاف الصلح ط (قوله ولا عفو) فلا يسقط الحد بعد ثبوته إلا أن يقول المقلوف لم يقذفني أو كذب شهودي فيظهر أن القذف لم يقع موجبا للحد لأنه وقع ثم سقط وهذا كما إذا صدقه المقلوف فتح (قوله فيه) متعلق برجوع ، وقوله وعنه متعلق باعتياض وما بعده ففيه لف وتشر مرتب (قوله نعم لو عفا الخ) فيه رد على بعض معاصري صاحب البحر حيث توهم من عدم صحة العفو أن القاضي يقيم الحد عليه مع عفو المقلوف متمسكا بقول الفتح لا يصبح لعفو ويجد . قال في البحر : وهو غلط فاحش . في المبسوط : لا يكون للإمام أن يستوفيه لأن الاستيعاء عند طلبه وقد تركه إلا إذا عاد وطلب فحينئذ يقيم الحد لأن العفو كان لغوا فكأنه لم يخاصم اه . قال : فمعين جل ما في الفتح على ما إذا عاد وطلب اه (قوله ولذا الخ) دليل آخر لصاحب البحر استدلل به على الرد المذكور ، وهو ما في كاف المحاكم . لو غاب المقلوف بعد ما ضرب الحد لم يتم الحد إلا وهو حاضر لاحتمال العفو فالعفو الصريح أولى (قوله حاد) أي المبتدئ والمجيب لأن كلا منهما قذف صاحبه ، أما الأول فظاهر وكذا الثاني لأن معناه لا بل أنت زان إذ هي كلمة عطف يستلزم به اللفظ فيصير المذكور في الأول خبرا لما بعد بل بحر ، ولا يحدان إلا بظاهرها ولو بعد العفو والإسقاط كامر ، وقرره في البحر خلافا لما يوهمه كلام الفتح (قوله لغلبة حق الله تعالى) فلو جعل قصاصا يلزم إسقاط حقه تعالى وهو لا يجوز بحر .

قلت : ولعل اشتراط الطلب ولو بعد الثبوت بالنظر إلى ما فيه من حق العبد (قوله مثلا) أي من كل لفظ غير موجب لحد (قوله ماسبيجيء) أي في باب التعزير (قوله أو تضاربا) أي ولو في غير مجلس القاضي كما يفيد كلام البحر والتعالم المذكور (قوله لم يتكافأ) فيعزرها ويبدأ بتعزير المبتدئ ، منهما لأنه أظلم كما ماسبيجيء (قوله لهلك مجلس الشرع) أي هلك احترامه فلم يكن ذلك محض حقهما حتى يعتبر التساوى فيه ، وقوله ولتفاوت الضرب حلة لقوله أو تضاربا ففيه لف وتشر مرتب .

[تنبيه] لو تشامتا بين يدي القاضي هل له العفو عنهما ؟ قال في النهر : لم أره ، والظاهر لا ، بخلاف قوله أخذت الرشوة من خصمي وقضيت عليّ فقد صرحوا بأن له أن يعفو والرقب بين اه .

مطلب هل للقاضي العفو عن التعزير

قلت : وفيه نظر ، لأنهما إذا تشامتا استويا حقهما لكنهما أخلا بحمرة مجلس القاضي فبقي مجرد حقه فصار بمنزلة قوله أخذت الرشوة فله العفو : يدل عليه ما في الولوالجية : لو تشامتا بين يديه ولم ينتهيا بالنهي ، إن حبسهما وعزرها فهو حسن لئلا يمتري بذلك غيرهما فيذهب ماء وجه القاضي ، وإن عفي عنهما فهو حسن لأن العفو مندوب

(ولو قاله لعرسه) وهو من أهل الشهادة (فردت به حدث ولا لعان) الأصل أن الحدين إذا اجتمعا وفي تقديم أحدهما إسقاط الآخر وجب تقديمه احتیالا للندرة واللعان في معنى الحد، ولذا قالوا لو قال لها يازانية بنت الزانية بدی بالحد ليتنى اللعان (ولو قالت) في جوابه (زينت بك) أو معك (هدرا) أى الحد واللعان للشك قيد بالخطاب لأنها لو أجابته بأنت أرى منى حد وحده خاتية (ولو كان) ذلك (مع أجنبية حدث دونه) لتصديقها (أقر بولد ثم نفاه يلاعن وإن عكس حد) للكذب (والولد فيهما) لإقراره (ولو قال ليس بابني ولا بابنتك فهدر) لأنه أنكر الولادة : (قال لامرأة بارأني حد انضاقا) لأن الهاء تحذف للترخيم (ولرجل يازانية لا) وقال محمد : يحد لأن الهاء

إليه في كل أمر اه وسنذكر في التعزير الاختلاف في أن الإمام هل له العفو والتوفيق لصاحب القنية بأن له ذلك في الراجح حقا لله تعالى ، بخلاف ما كان لجناية على العبد فإن العفو فيه للمجنى عليه ، والظاهر أن تشامهما عند القاصي . وقوله أخذت الرشوة اجتمع فيه حق الشرع مع حق العبد وهو القاضى وترجع فيه حقه فكان حق عبيد كما يفيد كلام الواو الجبة ، وإلا لم يكن له العفو تأمل (قوله ولو قاله لعرسه) أى لو قال لزوجته يازانية (قوله وهو من أهل الشهادة) قيد به لأنه إذا لم يكن أهلا لها لا يكون موجب قذفه لعانا بل حدا فيحدها ح عن إيضاح الإصحاح لأن كمال أى فيحد كل منهما بطلبهما ، كما لو قاله لغير عرسه وهو المسألة المارة (قوله فردت به) أى بذلك اللفظ بأن قالت بل أنت (قوله ولا لعان) لأنها لما حدث في القذف لم تبق أهلا لعان لأنه شهادة ولا شهادة للمحدود في قذف (قوله الأصل الخ) جواب عما قد يقال لم يقدم حدا حتى سقط اللعان مع أنه لو قدم اللعان لا يسقط حد القذف عنها ، لأن حد القذف يجرى على الملاعة كما في القتح (قوله واللعان في معنى الحد) استئناف لبيان دخول المسألة تحت هذا الأصل فافهم (قوله والمأ) أى لكونه في معنى الحد (قوله بدی بالحد الخ) الأولى أن يقول بدی بالحد بنى اللعان لأن البداءة بالحد وقوفة على عذاعة الأم أولا فيسقط اللعان لأنه بطلت شهادة الرجل ، أما لو خاصمت المرأة أولا فلاعن القاصي بينهما ثم خاصمت الأم يحد الرجل للقذف كما في البحر (قوله ولو قالت في جوابه) أى في جواب قول الزوج لها يازانية (قوله للشك) لأنه يحتمل أنها أودت به ما قبل النكاح فتحد لتقدمها ، ولا لعان لتصديقها إياه أو ما كان معه بعد النكاح ، وأطلقت عليه زنا للشكالة فجذب اللعان دون الحد بوجود القذف منه وعدمه منها ، والحكم بتعيين أحدهما بعينه متعلق بوقوع الشك في كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك ، حتى أو زال الشك بأن قالت قبل أن أتزوجك أو كانت أجنبية حدث فقط وهو ظاهر اه نهر وغيره (قوله قيد بالخطاب) أى بكاف الخطاب فافهم (قوله حد وحده) في بعض النسخ حد وحدث وهو محريف لأن الدى في الخاتية أن قوله أنت أرى منى ليس بقذف لما قدمناه من أن معناه أنت أقدر على الزنا ، نعم على ما مر عن الظهيرية من أنه قذف محمد هى أيضا . وقد يقال إن الحد عليها وحدها لأنه إذا كان قذفا يكون تصديقا له في أنها زانية على ما هو الأصل في أفعال التفضيل من اقتضائه المشاركة والزيادة تأمل (قوله ولو كان ذلك) أى المذكور من قوله يازانية وودها بقولها زينت بك (قوله حدث) لزوال الشك كما مر (قوله لتصديقها) عاة لقوله دونه أى لا يحد هو أيضا لأنها صدقته (قوله يلاعن) لأن القصب لزمه بإقراره ، وبالنسبة بعده صار قاذفا لزوجته فيلاعن نهر (قوله وإن عكس) بأن نفاه أولا ثم أقر به قبل اللعان حد ، لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان الذى كان وجب بنى الولد ، لأنه ضرورى صير إليه ضرورة التكاذب بين الزوجين فكان خلفا عن الحد فإذا بطل صير إلى الأصل (قوله لإقراره) أى سابقا أو لاحقا ، واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد بحر (قوله فهدر) أى لا يتعلق به حد ولا لعان بحر (قوله لأنه أنكر الولادة) وبه لا يصير قاذفا ، ولذا لو قال لأجنبي لست بابن فلان وفلافة وهما أبواه لا يجب عليه شيء زيلعى (قوله لأن الهاء تحذف للترخيم) كذا علله في الفصح ، وعمله

ندخل للمبالغة كعلامة . قلنا الأصل في الكلام التذكير .

(ولاحد يقذف من لها ولد لأب له) معروف (في بلد القذف) أو من لاعنت بولد (لأنه أمانة الزنا أو) يقذف (رجل وطى في غير ملكه بكل وجه) كأمة ابنته (أو بوجه) كأمة مشركة (أو في ملكه المحرم أبدا كأمة هي أخته رضاعا) في الأصح لقوات العفة (أو) يقذف (مع زنت في كفرها) لسقوط الإحصان (أو)

في الجوهره بأن الأصل في الكلام التذكير (قوله قلنا الأصل اليخ) قد علمت أن هذا تعليل المسألة الوفاقية ، وعلى هذه في الجوهره وغيرها بأنه أحال كلامه فوصف الرجل بصفة المرأة . وقال في الفتح : ولما أنه رماه بما يستحيل منه فلا يحد ، كما لو قذف جيبوبا ، وكما لو قال أنت محل للزنا لا يحد ، وكون الغاء للمبالغة مجاز بل هي لما عهد لها من التائيد . ولو كان حقيقة فالحد لا يجب بالشك (قوله في بلد القذف) أي لاني كل البلاد بحر ، وهذا أعم من مجهوله النسب لأنه من لا يعرف له أب في مسقط رأسه شربلالية (قوله أو من لاعنت بولد) أي سواء كان حيا أو ميئا ، وهذا إذا قطع القاضي نسب الولد وألحقه بأمة وبقي اللعان ، فلو لاعنت بغير ولد أو لاعنت بولد ولم يقع نسبه أو بطل اللعان بكذب الزوج نفسه ثم قذفها رجل وجب الحد ، أفاده في البحر (قوله لأنه) أي الولد في المسائلين أمانة : أي علامة الزنا فقات العفة (قوله أو يقذف رجل وطى في غير ملكه اليخ) الأصل فيه أن من وطى وطأ حراما لعينه لا يحد قاذفه لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه ، وإن كان محرما لغيره يحد قاذفه لأنه ليس بزنا فالوطء في غير ملكه من كل وجه أو من وجه حرام لعينه ، وكذا الوطء في الملك ، والحكمة مؤبدة بشرط ثبوتها بالإجماع أو بالحديث المشهور عند أبي حنيفة لتكون ثابتة من غير تردد ، بخلاف ثبوت المصاهرة بالمس والتقيين لأن فيها خلافا ، ولأنص فيها بل هي احتياط . أما ثبوتها بالوطء فهو بنص - ولا ننكحوا ما نكح آبائكم - ولا يعتبر اختلاف مع النص ، فإن كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة أخيره ، ونعمامه في الهداية وشرحها (قوله كأمة ابنته) مثل له في الفتح بقوله كوطء الحرمة الأجنبية والمكرهه ، فالوطء إذا كانت مكرهه يسقط إحصانها فلا يحد قاذفها لأن الإكراه يسقط الإنم ولا يخرج الفعل عن كونه ، فكذا يسقط إحصانها كما يسقط إحصان المكره الواطي (قوله كأمة مشركة) أي بين الواطي وغيره (قوله أو في ملكه المحرم أبدا) إسناد الحرمة إلى الملك من إسناد المصاهرة إلى سببه لأن المحرم هو المنفعة والملك سببها ، واحتراز بقوله أبدا عن الحرمة المؤقتة ، وبأن أمثلتها قريبا وترك اشتراط ثبوت الحرمة بالإجماع (قوله في الأصح) احتراز عن قول الكرخي كالأئمة الثلاثة إنه يحد قاذفه لقيام الملك فكان كوطء أمته المحبوسية .

وجه الصحيح أن الحرمة في المحبوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت مؤقتة ، بخلاف حرمة الرضاع فلم يكن محل قابلا للحل أصلا فكيف يجعل حراما لغيره فصح (قوله لقوات العفة) تعليل للمسائل الثلاث أي وإذا زالت العفة زال الإحصان ، والنص إنما أوجب الحد على من رمى المحصنات ، وفي معناه المحصنين ورمي غير المحصن ولا دليل يوجب الحد فيه ، نعم هو محرم بعد التوبة فيعزر فصح (قوله أو يقذف من زنت في كفرها) الأنوثة غير قيد كما في الفتح ، وأطلقه فشمع الحربي والدي ، وما إذا كان الزنا في دار الإسلام أو في دار الحرب ، وما إذا قال له زنت وأطلق ثم أثبت أنه زنى في كفره أو قال له زنت وأنت كافر فهو كما لو قال لعنت زنت وأنت عبد بغير وما ذكره من شمول الإطلاق والإسناد إلى وقت الكفر هو المتبادر من إطلاق المصنف كالكثر والهداية والزيلعي والاختيار وغيرها . ومثاله ما في الفتح من أن المراد قذفها بعد الإسلام بزنا كان في نصرانيتها ، بأن قال زنت وأنت كافرة ، كما لو قال قذفك بالزنا وأنت أمة فلا حد عليه لأنه إنما أقر أنه قذفها في حال لو علمنا منه صريح القذف لم يحد ، لأن الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام عليه الجلد حدا لا الرجم ، ولا يسقط الحد بالإسلام وكذا

بقذف (مکاتب مات عن وفاء) لاختلاف الصحابة في حرمة فأورث شبهة .
(وحده قاذف واطى عرسه حاقضا وأمة مجوسية ومکاتبه ومسلم نکح محرمه في کفره) لثبوت ملكه فيهن ،
وفي الأخيرة خلافهما .

(و) حد (مستأمن قذف مسلما) لأنه التزم إيفاء حقوق العباد بخلاف حد الزنا والسرقة) لأنهما من حقوق
الله تعالى المحضة كحد الخمر . وأما الذي فيحد في الكل إلا الخمر غاية ، لكن قدما عن المنية تصحيح حده
بالسکر أيضا . وفي السراجية : إذا اعتقدوا حرمة الخمر كانوا کالمسلمين ؛ وفيها : لو سرق الذي أو زنى فأسلم
إن ثبت بإقراره أو بشهادة المسلمين حد ، وإن بشهادة أهل الذمة لا (أقر القاذف بالقذف ، فإن أقام أربعة على
زناه) ولو في کفره لسقوط إحصانه كما مر (أو أقر بالزنا) أربعة (كما مر) عبارة الدرر : أو إقراره بالزنا ،
فيكون معاه أو أقام بينة على إقراره بالزنا ، وقد حرر في البحر أن البينة على ذلك لا تعتبر أصلا ولا يعول عليها ،

سواء أتبعه في الشر نبالة ، ومقتضاه أنه لو قال زنت وأطلق يحد ، إلا أن يقال إنه يحد مع الإطلاق إذا لم يكن
زناه في کفره ثابتا فلو كان ثابتا لا يحد ، وأذا قيد في البحر بقوله ثم أثبت أنه زنى في کفره وهو المفهوم من كلام
المصنف كغيره حيث جعل موضوع المسألة قذف من زنت في کفرها ، فقتضاه ثبوت الزنا في حال کفرها . وأما
أو قال قد فتك وأنت أمة فلا يحتاج إلى ثبوت زناها لما مر من التحليل (قوله مات عن وفاء) وكذا لو مات عن غير
وفاء بالأولى لموته عبدا بغير (قوله في حرمة) أى التي هي شرط الإحصان (قوله وحد الخ) شروع في معتز
قوله أو في ملكه المحرم أبدا فإن الحرمة في هذه المذكورات مؤقتة ومثل الخافض المظاهر منها والصائمة صوم فرض
ومثل الأمة المجوسية الأمة المتروجة والمشتراة شراء فاسدا لأن الشراء الفاسد يوجب الملك ، بخلاف المنكوحة
سكاحا فاسدا فإن الملك لا يثبت فيه فلذا يسقط إحصانه بالوطء فيه فلا يحد قاذفه كما في الفتح (قوله ونسلم) بالجور
وفي بعض النسخ والشيخ ومسلما بالنصب ، فالأول عطف على لفظ واطى والثاني على عمله (قوله لثبوت ملكه فيهن) أى في هذه
المسائل ، وفي بعضها ملك نكاح وفي بعضها ملك البين ، وحرمة المنعة فيها ليست مؤبدة بل مؤقتة كما علمت فكان الوطء فيها
حراما لغيره لا لعينه فلم يكن زنا لأن الزنا إذا كان بلا ملك (قوله وفي الأخيرة خلافهما) وأصله أن تزوج المجوسى
له حکم الصحة عنده ، وحکم البطلان عندهما غاية البيان (قوله مستأمن) بكسر الميم الثانية كما يأتي في باب (قوله
لأنه التزم الخ) أى وحد القذف فيه حق العبد كما مر (قوله بخلاف حد الزنا والسرقة) أى فلا يلزمه خلافا
لأن يوسف (قوله فيحد في الكل) أى اتفاقا (قوله غاية) أى غاية البيان (قوله لكن الخ) استلوك على قوله إلا الخمر
فإنه بإطلاقه شامل لما إذا سكر منه فافهم (قوله أيضا) أى كما يحد للزنا والسرقة لكن قدما أن المذهب أنه لا يحد
(قوله وفي السراجية الخ) تقييد لقوله إلا الخمر (قوله حد) أى إذا لم يقادم على ما مر بيانه في الباب السابق
(قوله لا) أى لا يحد ، لأن شهادتهم قامت على مسلم فلم تقبل (قوله على زناه) أى زنا بالمقذوف (قوله لسقوط
إحصانه) لأجل لذكره هنا لأن جواب المسألة هو قول المصنف حد المقلوف ، فالكلام في حد المقلوف لا في
حد القاذف ، وقدما قريبا عن الفتح أن الزنا يتحقق من الكافر ويقام عليه حد الجلال لا الرجم ، ولا يسقط الحد
بالإسلام ، وقدمه الشارح أيضا عند بيان شروط الإحصان ، نعم هذا التحليل يناسب سقوط الحد عن القاذف ،
وإذا كان جواب المسألة حد المقلوف يلزم منه سقوط الحد عن القاذف فلم يكن التحليل خارجا عن المناسبة من
كل وجه ، وكيف والباب معقود لحد القاذف دون المقلوف فافهم (قوله كما مر) أى نظير ما مر من كونه في أربعة
مجالس (قوله وقد حرر في البحر الخ) أى في باب حد الزنا وذكر مثله هنا في الشر نبالة عن البدائع .

لأنه إن كان منكراً فقد رجع فخلو البينة ، وإن كان مقراً لاتسمع مع الإقرار إلا في سبع مذكورة في الأشباه ليست هذه منها ، فلذا غير المصنف العبارة فتنبه (حد المذدوف) يعني إذا لم تكن الشهادة بمحد متقدم كما لا يخفى (وإن عجز) عن البينة للحال (واستأجل لإحضار شهوده في المصير يؤجل إلى قيام المجلس ، فإن عجز حد ولا يكفل ليذهب لطايعهم بل يحبس ويقال ابعت إليهم) من يحضرهم ، ولو أقام أربعة فساقاً أنه كما قال دري الحد عن القاذف والمذدوف والشهود ملتقط .
(يكتفى بمحد واحد لجنايات)

والحاصل أن تعبير الدرر بالإقرار لا ياسب قوله حد المذدوف وإنما يناسب لو قال سقط الحد عن القاذف وهو الأولى لأن الباب معقود له لا الحد المذدوف . قال في الفتح : فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المذدوف بالزنا يدرأ عن القاذف الحد وعن الثلاثة أي الرجل والمرأتين ، لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعابة فكانا سمعنا إقراره بالزنا ١١ ونحوه ما ذكره الشارح قريباً عن الملتقط ، قوله لاتعتبر أصلاً الخ أي بالنسبة إلى حد المذدوف .

مطلب لاتسمع البينة مع الإقرار إلا في سبع

(قوله لاتسمع مع الإقرار إلا في سبع) في وارت مقر بدين على الميت فسمع التعدى . أي تعدى الحكم بالدين إلى باقي الورثة ، وفي مدعى عليه أقر بالوصاية فبرهن الوصي ، وفي مدعى عليه أقر بالوكالة فيثبتها الوكيل دفعا للضرر ، وفي الاستحقاق إذا أقر المستحق عليه ليمتكن من الرجوع على ياته ، وفيما لو خصم الأب عن الصبي فأقر لا يخرج عن الخصومة فتسمع البينة عليه بخلاف الوصي وأمين القاضي ، وفيما لو أقر الوصي الموصل له ، وفيما لو أقر دابة بعينها من رجل ثم من آخر فبرهن الأول على المؤخر تقبل وإن كان مقراً له ١١ ملخصاً (قوله حد المذدوف) أي دون القاذف كما علمت وترك التصريح به لطهوره (قوله بمحد متقدم) تقدم بيانه في باب الشهادة على الزنا (قوله وإن عجز عن البينة للحال الخ) أما لو أقام شاهدين لم يزكيا أو شاهداً واحداً وادعى أن الثاني في المصير فإنه يحبس ثلاثة أيام للتزكية أو لإحضار الآخر كما قدمناه أول الباب (قوله إلى قيام المجلس) أي مقدار قيام القاضي من مجلسه فتح (قوله ولا يكفل الخ) لأن سبب وجوب الحد طهر عند القاضي فلا يكون له أن يؤخر الحد لتضرر المذدوف بتأخير دفع العار عنه وإلى آخر المجلس قليل لا يضر . وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد يكفل فلذا يحبس عندهما في دعوى الحد والقصاص ، ولا خلاف أنه لا يكفل بنفس الحد والقصاص : وكان أبو بكر الرازي يقول مراد أبي حنيفة أن القاضي لا يجبره على إعطاء الكفيل ، فأما إذا سمحت نفسه به فلا بأس لأن تسليمه نفسه مستحق عليه والكفيل بالنفس إنما يطالب بهذا القدر فتح (قوله دري الحد الخ) لأن الفاسق فيه نوع قصور وإن كان من أهل الأداء والتحمل ، ولذا لو قضى بشهادته نفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا فيسقط الحد عنهم وعن القاذف ، وكذا عن المذدوف لاشتراط العدالة في الثبوت . وأما لو كانوا عيالاً أو عبيداً أو محدودين في قذف أو كانوا ثلاثة فإنهم يحدون للقذف دون المشهود عليه لعدم أهلية الشهادة فيهم أو عدم النصاب كما تقدم في باب الشهادة على الزنا .

قلت : والظاهر أن القاذف بمحد أيضاً لأن الشهود إذا حدوا مع أنهم إنما تكلموا على وجه الشهادة لعل وجه القذف بمحد القاذف بالأولى ولم أره صريحاً ، وهذا بخلاف شهادة الاثنين على الإقرار كما مر قريباً (قوله يكتفى بمحد واحد الخ) أفاد أن الحد وقع بعد الفعل المذكور ، إلا لو حد لأول ثم فعل الثاني بمحد حداً آخر للثاني سواء

المحد جنسها ، بخلاف ما اختلف) جنسها كما بيناه ، وعم لإطلاقه ما إذا ائحد المقلوف ام تعدد بكلمة أم كلمات في يوم أم أيام طلب كلهم أم بعضهم ، وما إذا حدد القلف لإلا سوطا ثم قلف آخر في المجلس فإنه يتم الأول ، ولا شيء للثاني للتداخل ، وأما إذا قلف ففتح قلف آخر حدد الحد فلن أخذه الثاني كحل له ثمانون لوقوع الأربعين فما فتح . وفي سرقة الزيلعي قلفه فحد ثم قلفه لم يحد ثانيا لأن المقصود وهو إظهار كذبه ودفع العار

كان قذفا أو زنا أو شربا كما صرح به في الفتح وغيره بحر ، لكن استثنى ما إذا قلف المخلود ثانيا المقلوف الأول كما يأتي قريبا (قوله ائحد جنسها) بأن زنا أو شرب أو قلف مرارا كنز ، وكذا السرقة بحر (قوله كما بيناه) أي عند قوله اجتمعت عليه أجناس مختلفة الخ (قوله بكلمة) مثل أنت زناة نهر ، ومثله يابن الزانيين كما مر أول الباب (قوله إلا سوطا) احتراز عما لو تم الحد ثم قلف رجلا آخر فإنه يحد ثانيا (قوله في المجلس) لم أر من صرح بمحتوزه (قوله ولا شيء للثاني للتداخل) والأصل أنه متى بقى عليه من الحد الأول شيء قلف آخر قبل تمامه ضرب بقية الأول ولم يحد للثاني جوهرة .

قلت : وقيد ذلك في البحر والنهر بما إذا حضرا جميعا ، لما في المحيط والتهيين : لو ضرب الزنا أو للشرب بعض الحد فهرب ثم زنى أو شرب ثانيا حد حدا مستانفا ، ولو كان ذلك في القلف ، فإن حضر الأول والثاني جميعا أو الأول كحل الأول ولا شيء للثاني للتداخل ، وإن حضر الثاني وحده يحد حدا مستقبلا للثاني ويبطل الأول لعدم دعواه اه أي لعدم دعوى الأول تشكيل الحد الواجب له لأنه بمنزلة العفو ابتداء ، فكما لا يقام له الحد ابتداء إلا بطله كذلك لا يكفل له إلا بطا به ، هذا مظهر لى فامله .

والحاصل أنه إنما يكتفى بتشكيل الحد الأول إن طلب المقلوف الأول وحده أو مع الثاني ، فلو طلب الثاني وحده حدد له حدا مستقبلا كحد الزنا والشرب .

وبه علم أن شرط تشكيل الأول حضور الأول فقط ، وأن التداخل قد يكون بتداخل الثاني فما بقى من الأول ، وقد يكون بتداخل ما بقى من الأول في الثاني وذلك فيما يحد به حدا مستقبلا كما علمت آفا ، ومر أيضا قبيل هذا الباب في قول المصنف أقيم عليه بعض الحد فهرب وشرب ثانيا يستأنف ، فما ظنه بعض المحشين من التعارض بين مامر وما هنا فهو خطأ لما علمت من اختلاف الموضوع (قوله وما إذا قلف الخ) معطوف كسابقه على قوله ما إذا ائحد (قوله ففتح) بالبناء للفاعل لأنه لازم لا يتعدى إلا بالهمزة ط عن ابن الشحنة (قوله فلن أخذه الثاني) أي طالبه في أثناء الحد أو بعد تمامه ط (قوله ثم قلفه) أي قلف المقلوف أولا ، بخلاف ما إذا قلف شخصا آخر يحد حده للأول فإنه يحد للثاني كما قدمناه (قوله لأن المقصود الخ) قال في البحر : لا يثنى ما فيه فإنه بالحد الأول لم يظهر كذبه في إخبار مستقبل ، بل فيما أخبر به ماضيا قبل الحد ، ولهذا قال في الفتح : وصار كما لو قلف شخصا فحد به ثم قلفه بعين ذلك الزنا ، بأن قال أنا باقى على نسبي إليه الزنا الذى نسبته إليه لا يحد ثانيا فكذا هذا ، أما لو قلفه زنا آخر حدد به اه لكن في الظهيرية : ومن قلف إنسانا فحد ثم قلفه ثانيا لم يحد .

والأصل فيه ما روى : أن أبا بكرة لما شهد على المغيرة بالزنا وجلده عمر لقصور العدد بالشهادة كان يقول بعد ذلك في الخاطي أشهد إن المغيرة لزان ، فأراد عمر أن يحد ثانيا فتمعه على فرجع إلى قوله وصارت المسألة إجماعا اه فظهر أن المذهب إطلاق المسألة كما ذكره الزيلعي اه ما في البحر ، ووجه في النهر أى المذهب أنه شامل لما إذا قلفه بعين الزنا الأول أو زنا آخر خلافا لما قاله في الفتح .

قلت : والذي يظهر لى أن الصواب ما في الفتح ، وأنه إذا صرح بنسبته إلى زنا غير الأول يحد ثانيا ، كما لو قلف

حصل بالآول اه ومفاده أنه لو قال له يابن الزانية وأمه مئة فحصة حد ثانيا كما لا يخفى . وأعاد تنقيده بالحد أن التعزير يتعدد ألفاظه لأنه حتى العبد .

[فرع] عابن القاضي رجلا زنى أو شرب لم يحده استحصانا . وعن محمد يحده قباسا على حد الفذف والقود . قلنا : الاستيفاء للقاضى وهو مندوب للدرء بالخبر فلحقه التهمة حواشى السعدية .

باب التعزير

(هو) لغة التأديب مطلقا ، وقول القاموس إنه يطاق على ضربيه دون الحد غلط نهر .

شخصا آخر لأنه لم يظهر كذبه فى القذف الثانى ، بخلاف ما إذا حد ثم قذفه بالزنا الأول أو أطلق لحمل إطلاقه على الأول ، لأن المحدود بالقذف يكرر كلامه بعد القذف لإظهار صدقه فيها حد بسببه كما فعاه أبو بكره ، فإن قوله أشهد إن المغيرة إزان لم يرد به زنا آخر ، وبه ظهر أن مافى الظهيرية لا ينافى مافى الفتح فلا يصلح للاستدراء به عليه (قوله ومفاده الخ) أى مفاد مامر عن الزبلى من انتفاء الحد ثانيا حيث اتحد المقتدوف أنه لو تعدد يحده ، وقدمنا التصريح به عن الفتح وغيره ، فإذا قذف شخصا بالزنا فحد له ثم قال له يابن الزانية فله يحده ثانيا وإن كانت أم المقتدوف ميتة وكان الطالب له لأن الثانى قذف لأمه ، وكذا يحده بالآول لو كانت الأم حية فحاصبه (قوله إن التعزير يتعدد الخ) جزم به مع أن المصنف قال لم أر من صرح به لكنه يؤخذ من كلامهم اه ط والمراد التعزير الذى هو حق العبد كما يفيد التعليل وسأق تمام الكلام على ذلك عند قول المصنف فى باب الآتى وهو حق العبد (قوله قلنا) أى فى وجه الاستحصان بإبداء الفارق وهو أن حد الزنا أو الشرط ليس له مطالب مخصوص ، فكان استيفاؤه للقاضى ابتداء والقاضى مندوب أى مأمور بالدرء : أى درء الحد باستمر عليه كما روى بتأخيه للخبر وهو حديث من رأى عورة فسترها كان كمن أحيى موءودة فلذا أعرض القاضى عما تدب إليه وأرد استيفاءه لحقته تمة بذلك فلم يجز له استيفاؤه ، بخلاف حد القذف والقود فإن له مطالبا وهو المقتدوف وولى المقتول . حتى قيل إن إقامة التعزير لصاحبه كالقصاص كما نقله فى المجتبى فلم يوجد من القاضى تمة فيه ؛ فكذلك استيفاءه فيها بينه وبين الله تعالى لأن القضاء ليس شرطا لاستيفاء القصاص بل للتصكين كما مر قبيل باب الشهادة على أن هذا مظهر فى تقرير هذا المجل فأماله ؛ والله سبحانه أعلم .

باب التعزير

لما ذكر الزواجر المقدرة شرع فى غير المقترنة ، وأخبرها لضعفها ، وألحقه بالحدود مع أن منه محص حق العبد لما أنه عقوبة ، وتماهى فى التهر (قوله هو لغة التأديب مطلقا) أى بضرب وغيره دون الحد أو أكثر منه . ويطلق على الضخم والتعظيم ، ومنه - وتعزروه وتوقروه - فهو من أسماء الأضداد (قوله غلط) لأن هذا وضع شرعى لا لغوى إذ لم يعرف إلا من جهة الشرع ، فكيف نسب لأهل اللغة الجاهلين بذلك من أصالة . والذى فى الصحاح بعد تفسيره بالضرب ، ومنه سمى ضرب مادون الحد تعزيرا ، فأشار إلى أن هذه الحقيقة الشرعية منقولة عن الحقيقة اللغوية بزيادة قيد هو كون ذلك الضرب دون الحد الشرعى ، فهو كلفظ الصلاة والزكاة ونحوها المنقولة لوجود المعنى اللغوى فيها وزيادة ، وهذه دقيقة مهمة تفتن لها صاحب الصحاح وغفل عنها صاحب القاموس ، وقد وقع له نظير ذلك كثيرا وهو غلط يتعين التفتن له اه نهر عن ابن حجر المكي . وأجيب بأنه لم يلزم الألفاظ اللغوية فقط ، بل يذكر المنقولات الشرعية والاصطلاحية وكذا الألفاظ الفارسية تكثيرا

وشرحا (تأديب دون الحد أكثره تسعة وثلاثون سوطا، وأقله ثلاثة) لو بالضرب، وجعله في الضرر على أربع مراتب

للفوائد ، وفيه نظر لأن كتابة موضوع لبيان المعاني اللغوية ، فحيث ذكر غيرها كان عليه الغلبة عليه لئلا يقع الناظر في الاشتباه (قوله تأديب دون الحد) الفرق بين الحد والتعزير أن الحد مقدور والتعزير مفوض إلى رأى الإمام ، وأن الحد يندرج بالشبهات والتعزير يجب معها ، وأن الحد لا يجب على الصبي والتعزير شرع عليه : والرابع أن الحد يطلق على الذى والتعزير يسمى عقوبة له لأن التعزير شرع للتطهير تأريخانية . وزاد بعض المتأخرين أن الحد مختص بالإمام والتعزير يفعله الزوج والمولى وكل من رأى أحدا يباشر المعصية ، وأن الرجوع يعمل في الحد لافى التعزير ، وأنه يحبس المشهود عليه حتى يسأل عن الشهود في الحد لافى التعزير ، وأن الحد لا يجوز الشفاعة فيه وأنه لا يجوز للإمام تركه وأنه قد يسقط بالتقادم بخلاف التعزير فهى عشرة :

قلت : وسيجىء غيرها عند قوله وهو حق العبد (قوله أكثره تسعة وثلاثون سوطا) الحديث : من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين ، وحد الفريق أربعون فنقص عنه سوطا . وأبو يوسف احتج أقل حدود الأحرار لأن الأصل الحرية فنقص سوطا في رواية عنه : وظاهر الرواية عنه تنقيص خمسة كما روى عن علي .

ويجب تقليد الصحابي فيما لا يدرك بالرأى لكنه غريب عن علي ونعمانه في الفتح . وفي الحواشي القدسي قال أبو يوسف: أكثره في العبد تسعة وثلاثون سوطا ؛ وفي الحر خمسة وسبعون سوطا وبه تأخذ اه فعلم أن الأصح قول أبي يوسف بحر .

قلت : يحتمل أن قوله وبه تأخذ ترجيح للرواية الثانية عن أبي يوسف على الرواية الأولى لكون الثانية هي ظاهر الرواية عنه ، ولا يلزم من هذا ترجيح قوله على قولهما الذى عليه متون المذهب مع نقل العلامة قاسم تصحيحه عن الأئمة ، ولذا لم يعول الشارح على ماقال البحر . وعن أبي يوسف أنه يقرب كل جنس إلى جنسه ، فيقرب اللبس والقبلة من حد الزنا ، وقذف غير المحصن أو المحصن بغير الزنا من حد القذف صرفا لكل نوع إلى نوعه ؛ وعنه أنه يعتبر على قدر عظم الجرم وصغره زيلعي (قوله وأقله ثلاثة) أى أقل التعزير ثلاث جلدات وهكذا ذكره القدوري ، فكانه يرى أن مادونها لا يقع به الزجر ، وليس كذلك بل يختلف ذلك باختلاف الأشخاص ، فلامعنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضا إلى رأى القاضى بقيمة بقدر ما يرى المصلحة فيه على ما بينا تفصيله ، وعليه مشايخنا رحمهم الله تعالى زيلعي ، ونحوه في الهداية . قال في الفتح : فلو رأى أنه يزجر بسوطا واحدا كفى به ، وبه صرح في الخلاصة . ومقتضى الأول أنه يكفل له ثلاثة لأنه حيث وجب التعزير بالضرب ، فأقل ما يلزم أقله ، إذ ليس وراء الأقل شيء ثم يقتضى أنه لو رأى أنه إنما يزجر بعشرين كانت أقل ما يجب فلا يجوز نفسه عنها ، فلو رأى أنه لا يزجر بأقل من تسعة وثلاثين صار أكثره أقل الواجب ، وتبقى فائدة تقدير الأكثر بها أنه لو رأى أنه لا يزجر إلا بأكثر منها يقتصر عليها ، ويبدل ذلك الأكثر بنوع آخر وهو الحبس مثلا (قوله لو بالضرب) يعنى أن تقدير التعزير بما ذكر إنما هو فيما لو رأى القاضى تعزيره بالضرب فليس له الزيادة على الأكثر ، فلا ينافى ما يأتي من أن التعزير ليس فيه تقدير ، بل هو مفوض إلى رأى القاضى لأن المراد تفويض أنواعه من ضرب ونحوه كما يأتي (قوله على أربع مراتب) تعزير أشراف الأشراف ، وهم العلماء والعلماء بالإعلام ، بأن يقول له القاضى بلفظ أنك تفعل كذا فينجز به . وتعزير الأشراف ، وهم نحو الدهاقين بالإعلام والجبر إلى باب القاضى والمخصوصة في ذلك . وتعزير الأوساط ، وهم السوقة بالهر والحبس . وتعزير الأخساء بهذا كله والضرب اه ومثله في الفتح عن الشافى والزيلعي من النهاية ، ويأتى الكلام عليه . والدهاقين : جمع دهقان بكسر الدال وقد تضم

وكله مبنى على عدم تفويضه الحاكم مع أنها ليست على إطلاقها، فإن من كان من أشراف الأشراف لوضرب غيره فأدماه لا يكتفى تعزيره بالإعلام، وأرى أنه بالضرب صواب (ولا يفرق الضرب فيه) وقبل يفرق. ووفق بأنه إن بلغ أقصاه يفرق وإلا لا شرح وهبانية (ويكون به و) بالحبس و (بالصنع) على العتق (وغرك الأذن، وبالكلام العنيف، وبمنظر القاضي له بوجه عبوس، وشتم غير القذف) مجتئ وفيه عن السرخسي: لا يباح بالصنع لأنه من أعلى ما يكون من الاستخفاف، فيصان عنه أهل القبلة (لا يأخذ مال في المذهب) بحر: وفيه عن البرازية: وقيل يجوز، ومعناه أن يسكه مدة لينزجر ثم يعيده له، فإن آيس من توبته صرفه إلى ما يرى: وفي المجتبى أنه كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ:

وهو معرب يطلق على رئيس القرية، والتاجر، ومن له مال وعقار مصباح (قوله وكله مبنى الخ) أى كل ما ذكر من المراتب الأربعة، ولا يصح أن يرجع إلى مافى المتن أيضا، لأن ما ذكر فيه من التقدير لا فرق فيه بين القول بالتفويض وعلمه كما علمت فافهم.

ثم إن ما ذكره من أنه مخالف للقول بالتفويض هو ما فهمه في البحر حيث قال: وظهر أنه ليس مفوضا إلى رأى القاضي وأنه ليس له التعزير بغير المناسب لمستحقه، وظاهر الأول: أى القول بالتفويض أن له ذلك اه، قلت: وفيه كلام نذكره قريبا (قوله فإن من كان الخ) سند كرم ما يؤيده قريبا (قوله ولا يفرق الضرب فيه) بل يضرب في موضع واحد لأنه جرى فيه التخفيف من حيث العدد، فلو خفف من حيث الطريق أيضا يمتد المقصود من الانزجار (قوله وقيل يفرق) ذكره محمد في حدود الأصل والأول ذكره في أشربة الأصل (قوله ووفق الخ) فليس في المسألة روايتان، بل اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع، وهذا التوفيق مذكور في شرح الهداية والمكسر (قوله وإلا لا) أى إن لم يبلغ الأكثر بل كان بالأدنى ككلاث ونحوه لأنه لا يفسد العضو كما في الفم وبه علم أن المراد بالأقصى الأكثر أو ما قاربه مما يتخشى من جمعه على عضو واحد إنساده فافهم قال الزيلعي: ويتنى المواضع التي تنفى في الحدود. أى كالرأس والمذاكير (قوله ويكون) أى التعزير به: أى بالضرب الخ وليس مراده حصر أنواعه فيها ذكر كما يفيد قوله الآتى ويكون بالنفى عن البدائع.

قلت: ويكون أيضا بالتشهير والتسويد لشاهد الزور كما سند كرم آخر الباب (قوله وبالصنع) هو أن يبسط الرجل كفه فيضرب بها قفا الإنسان أو بدنه، فإذا قبض كفه ثم ضربه فليس بصنع بل يقال ضربه بجمع كفه مصباح (قوله فيصان عنه أهل القبلة) وإنما يكون لأهل الذمة حد أخذ الجزية منهم.

مطلب في التعزير بأخذ المال

(قوله لا يأخذ مال في المذهب) قال في الفتح: وعن أبي يوسف يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال. وعندها وباقى الأئمة لا يجوز اه. ومثله في المراج، وظهره أن ذلك رواية ضعيفة عن أبي يوسف. قال في الشرنبلالية: ولا يفتى بهذا ما فيه من تسلط الظلمة على أخذ مال الناس فيما كانوا اه ومثله في شرح الوهبانية عن ابن وهبان (قوله وفيه الخ) أى في البحر، حيث قال: وأفاد في البرازية أن معنى التعزير بأخذ المال على القول به إمساك شيء من ماله عنه مدة لينزجر ثم يعيده الحاكم إليه، لا أن يأخذه الحاكم نفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة، إذ لا يجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعى. وفي المجتبى لم يذكر كيفية الأخط وأرى أن يأخذها فيسكها، فإن آيس من توبته يصرفها إلى ما يرى. وفي شرح الآثار: التعزير بالمال كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ اه.

(و) التعزير (ليس فيه تقدير بل هو مفوض إلى رأى القاضى) وعليه مشاهتنا زيلعى ، لأن المقصود منه الزجر ، وأحوال الناس فيه مختلفة بحر (ويكون) التعزير (بالقتل كمن) وجد رجلا

والحاصل أن المذهب عدم التعزير بأخذ المال ، وسيذكر الشارح في الكفالة عن الطرسوسى أن مصادرة السلطان لأرباب الأموال لا تجوز إلا لعمل بيت المال : أى إذا كان يرد لها بيت المال (قوله والتعزير ليس فيه تقدير) أى ليس في أنواعه ، وهذا حاصل قوله قبله ويكون به وبالضلع الخ . قال في الفتح : وبما ذكرنا من تقدير أكثره يعرف ما ذكر من أنه ليس في التعزير شيء مقدر بل مفوض إلى رأى الإمام : أى من أنواعه ، فإنه يكون بالضرب وبغيره . أما إذا اقتضى رأيه الضرب في خصوص الواقعة فإنه حينئذ لا يزيد على تسعة وثلاثين اهـ .

قلت : نعم له الزيادة من نوع آخر ، بأن يضم إلى الضرب الحبس كما يذكره المصنف ، وذلك يختلف باختلاف الحماية والجاني . قال الزيلعى : وليس في التعزير شيء مقدر ، وإنما هو مفوض إلى رأى الإمام على ما تقتضى جنابهم ، فإن العقوبة فيه تختلف باختلاف الجنابة ، فينبغى أن يبلغ غاية التعزير في الكبيرة ، كما إذا أصاب من الأجنبية كل محرّم سوى الجماع أو جمع السارق المتاع في الدار ولم يخرجها ، وكذا ينظر في أحوالهم ، فإن من الناس من ينزجر باليسير ، ومنهم من لا ينزجر إلا بالكثير . وذكر في النهاية التعزير على مراتب إلى آخر ما مر من الدرر .

أقول : وظاهر عبارته أن قوله وذكر في النهاية الخ بيان لقوله وكذا ينظر في أحوالهم الخ : أى أن أحوال الناس على أربع مراتب ، فلا يكون ما في النهاية والدرر عمالقا للقول بالتفويض ، وحينئذ فيكون المراد بالمرتبة الأولى وهي أشرف الأشراف من كان ذا مروءة صدرت منه الصغيرة على سبيل الزلة والندور ، فلذا قالوا تعزيره بالإعلام لأنه في العادة لا يفعل ما يقتضى التعزير بما فوق ذلك ، ويحصل انزجاره بهذا القدر من التعزير ، فلا يباى أنه على قدر الجنابة أيضا ، حتى لو كان من الأشراف لكنه تعدى طوره ففعل الواطئة أو وجد مع المسقة في مجلس الشرب ونحوه لا يكتفى بتعزيره بالإعلام فيها يظهر لخروجه عن المروءة ، لأن المراد بها كما في الفتح وغيره الدين والصلاح ، وسيأتى آخر الباب أنه لو تكرر منه الفعل بضرب التعزير فهذا صريح في أنه بالتكرار لم يبق ذا مروءة وهذا يؤيد لما قدمه عن النهر من أنه لو ضرب غيره فأدماه لا يكتفى تعزيره بالإعلام الخ ثم رأيت في الشرنبلانية عين ما بحثته ، حيث قال : ولا يفتى أن هذا : أى الاكتفاء بتعزيره بالإعلام إنما هو مع ملاحظة السبب فلا بد أن لا يكون مما يباع به أدنى الحد ، كما إذا أصاب من أجنبية غير الجماع اهـ فهذا صريح في أن من كان من الأشراف يعزى على قدر جنابته وأنه لا يكتفى فيه بالإعلام إذا كانت جنابته فاحشة تسقط بها مروءته ، فقد ثبت بما قلنا عدم عمالقة ما في الدرر للقول بتفويضه للقاضى ، وأن المعتبر حال الجنابة والجاني ، خلافا لما فهمه في البحر كما قدمناه ، فأنتم هذا التخوير المفرد (قوله وعليه مشاهتنا) قدما عبارة الزيلعى عند قوله وأقله ثلاثة .

مطلب يكون التعزير بالقتل

(قوله ويكون التعزير بالقتل) رأيت في [الصارم المسلول] للمحافظ ابن تيمية أن من أصول الحنفية أن مالا قتل فيه عندهم مثل القتل بالمثل والجماع في غير القتل إذا تكرر للإمام أن يقتل فاعله ، وكذلك أنه لا يزيد

مع امرأة لا تحل له ، ولو أكرهها فلها قتله ودمه هدر ، وكذا الغلام وجبانة (إن كان يعلم أنه لا ينزجر بصباح وضرب بمخاضون السلاح وإلا) بأن علم أنه ينزجر بمأذکر (لا) يكون بالقتل (وإن كانت المرأة مطلوعة قتلها) كذا عزاه الزبلي للهندواني . ثم قال (و) في منية المفتي (لو كان مع امرأته وهو يزني بها أومع محرمه وهما طواعان قتلها جميعا) اه وأقره في الدرر : وقال في البحر : ومفاده الفرق بين الأجنبية والزوجة والمحرم ، فع الأجنبية لا يحل القتل إلا بالشرط المذكور من عدم الانزجار المزبور ، وفي غيرها يحل (مطلقا) اه .

ورده في النهر بما في البرازية وغيرها من التسوية بين الأجنبية وغيرها ، ويدل عليه تنكير الهندواني لامرأة ، نعم ما في منية مطلق فيحمل على التقيد ليعتق كلامهم ، ولذا جزم في الوهبانية بالشرط المذكور

على الحد المقدر إذا رأى المصلحة في ذلك ، ويحملون ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه من القتل في مثل هذه الجرائم على أنه رأى المصلحة في ذلك ويسمون القتل سياسة :

وكان حاصله أن له أن يعزى بالقتل في الجرائم التي تعظمت بال تكرار وشرع القتل في جنسها ، ولهذا أفتى أكثرهم بقتل من أكثر من سب النبي صلى الله عليه وسلم من أهل الذمة وإن أسلم بعد أخذه وقاوا يقتل سياسة اه وسيأتي تمامه في فصل الجزية إن شاء الله تعالى ، ومن ذلك ما سلكه المصنف من أن الإمام قتل السارق سياسة أي إن تكرر منه ، وسيأتي أيضا قبيل كتاب الجهاد أن من تكرر الخلق منه في المصر قتل به سياسة لسعيه بالفساد ، وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل ، وسيأتي أيضا في باب الردة أن الساحر أو الزنديق الداعي إذا أخذ قبل توبته ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل ، ولو أسخط بعدها قبلت وأن الخلق لا توبة له ، وتقدم كيفية تعزير اللوطي بالقتل (قوله مع امرأة) ظاهره أن المراد الخلوة بها وإن لم ير منه فعلا قبيحا كما يدل عليه ما يأتي عن منية المفتي كما تعرفه فافهم (قوله فلها قتله) أي إن لم يمكنها التخلص منه بصباح أو ضرب وإلا لم تكن مكروهة فالشرط الآتي معتبر هنا أيضا كما هو ظاهر . ثم رأيت في كراهية شرح الوهبانية ، وبصه : ولو استكره رجل امرأة لها قتله وكذا الغلام ، فإن قتله فدمه هدر إذا لم يستطع منعه إلا بالقتل اه فافهم (قوله إن كان يعلم) شرط للقتل الذي تضمنه قوله كره وجد رجلا (قوله ومفاده الخ) توفيق بين المباوتين حيث اشترط في الأولى العلم بأنه لا ينزجر بغير القتل ولم يشترط في الثانية ، فوفق بحمل الأولى على الأجنبية والثانية على غيرها وهذا بناء على أن المراد بقوله في الأولى مع امرأة : أي يزني بها ويأتي الكلام عليه (قوله مطلقا) زاده المصنف على عبارة منية متابعة لشبهة صاحب البحر (قوله بما في البرازية وغيرها) أي كاخلائية ، ففيها : لو رأى رجلا يزني بامرأته أو امرأة آخر وهو محصن فصاح به فلم يهرب ولم يمنع عن الزنا حل له قتله ولا قصاص عليه اه . (قوله فيحمل على التقيد) أي يحتمل قول منية قتلها جميعا على ما إذا علم عدم الانزجار بصباح أو ضرب .

قلت : وقد ظهر لي في التوفيق وجه آخر ، وهو أن الشرط المذكور إنما هو فيما إذا وجد رجلا مع امرأة لا تحل له قبل أن يزني بها فلهذا لا يحل قتلها إذا علم أنه ينزجر بغير القتل سواء كانت أجنبية عن الواجد أو زوجة له أو محرما منه . أما إذا وجدته يزني بها فله قتله مطلقا ، ولذا قيد في منية بقوله وهو يزني ، وأطلق قوله قتلها جميعا ، وعليه فقول الاخلائية الذي قدمناه آتفا فصاح به غير قيد ، ويدل عليه أيضا عبارة المحتجب الآتية ثم رأيت في جنائيات الخاوي الزاهدي ما يؤيده أيضا ، حيث قال : رجل رأى رجلا مع امرأته يزني بها أو يقبلها أو يضمها إلى نفسه وهي مطاوعة فقتله أو قتلها لاضمان عليه ، ولا يحرم من ميراثها إن أثبت بالبين أو بالإقرار ، ولو رأى رجلا مع امرأته في مفازة خالية أو آواه مع محارمه هكذا ولم ير منه الزنا ودواعيه قال بعض المشايخ حل

مطلقاً وهو الحق بلا شرط إحسان لأنه ليس من الحد بل من الأمر بالمعروف .

وفي المجنبى : الأصل أن كل شخص رأى مسلماً يزنى يحل له أن يقتله ، وإنما يتمتع خوفاً من أن لا يصدق أنه زنى (وعلى هذا) القياس (المكابر بالظلم وقطاع الطريق وصاحب المكس وجميع الظلمة بأذى شيء له قيمة) وجميع الكبار والأعوانة والسعاة يباح قتل الكل ويثاب قاتلهم انتهى . وأقوى التامس يوجب قتل كل مؤذ . وفي شرح الوهبانية : ويكون بالنزاع من البلد ، وبالمهجوم على بيت المقدسين ، وبالإخراج من الدار ، وبهدمها ،

قتلها . وقال بعضهم : لا يحل حتى يرى منه العمل : أى الزنا ودواصيه ، ومثله في خزانة الفتاوى اهـ .

وفي سرقة البزازية : لو رأى في منزله رجلاً معه أهله أوجاره بفجر وخاف إن أخذه أن يقتله فهو في صحة مع قتلته ، ولو كانت مطوعة له قتلها فهذا صريح في أن الفرق من حيث رؤية الزنا وعدمها تأمل (قوله مطلقاً) أى بلا فرق بين أجنبية وغيرها (قوله وهو الحق) مفهومه أن مقابله باطل ، ولم يظهر من كلامه ما يقتضى بطلان بل ما نقله بعده عن المجنبى يفيد صحته ، وقد علمت مما قررناه ما يتفق به كلامهم ، وأما كون ذلك من الأمر بالمعروف لأمم الحد فلا يقتضى اشتراط العلم بعدم الإزجار تأمل (قوله بلا شرط إحسان الخ) رد على ما في الحاشية من قوله وهو محض كما قدمناه ، وجزم به الطرسوسى : قال في التهر : ورده ابن وهبان بأنه ليس من الحد بل من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهو حسن ، فإن هذا المنكر حيث تعين القتل طريقاً في إزائه فلا معنى لاشتراط الإحصان فيه ، ولذا أطلقه البزازي اهـ .

قلت : ويدل عليه أن الحد لا يليه إلا الإمام (قوله وفي المجنبى الخ) عزاه بعضهم أيضاً إلى جامع الفتاوى وحلود البزازية هـ .

وحاصله أنه يحل ديانة لافضاء فلا يصدق القاضى إلا ببينة . والظاهر أنه يأتي هنا التفصيل المذكور في السرقة ، وهو ما في البزازية وغيرها إن لم يكن لصاحب الدار بينة فلا يمكن المقتول معروفاً بالشرب والسرقة قتل صاحب الدار قصاصاً وإن كان متهماً به فكذلك قياساً . وفي الاستمحصان : تجب الدية في ماله لورثة المقتول لأن دلالة الحال أوردت شبهة في القصاص لاقى المال (قوله وعلى هذا القياس الخ) هو من تمة عبارة المجنبى ، وأقره في البحر والنهر ولذا مشى عليه المصنف (قوله المكابر) أى الآخذ علانية بطريق الغلبة والقهر . قال في المصباح : كابرته مكابرة غالبته مغالبة (قوله وقطاع الطريق) أى إذا كان مسافراً ورأى قاطع طريق له قتلته وإن لم يقطع عليه بل على غيره ، لما فيه من تخليص الناس من شره وأذاه كما يفيد ما بعده (قوله وجميع الكبار) أى أهلها . والظاهر أن المراد بها المتعدى ضررها إلى الغير ، فيكون قوله والأعوانة والسعاة عطف تفسير أو عطف خاص على عام ، فيشمل كل من كان من أهل الفساد كالساحر وقاطع الطريق واللص واللوطى والخنازى ونحوهم ممن هم ضرره ولا يتزجر بغير القتل (قوله والأعوانة) كأنه جمع معين أو عنوان بمعنى ، والمراد به الساعى إلى الحكم بالإفساد ، فمطع السعاة عليه عطف تفسير .

وفي رسالة أحكام السياسة على جمع السنن : سئل شيخ الإسلام عن قتل الأعوانة والظلمة والسعاة في أيام الفترة : قال يباح قتلهم لأنهم ساعون في الأرض بالفساد ، فقبل إنهم يمتنعون من ذلك في أيام الفترة ويحفظون . قال : ذلك امتناع ضروري - ولو ردوا لعادوا لما نهوا عنه - كما نشاهد . قال وسألنا الشيخ أبا جعفر عنه ، فقال : يباح قتلهم ويثاب قاتلهم اهـ (قوله وأقوى التامس الخ) لعل الوجوب بالنظر للإمام وتوايه والإباحة بالنظر لغيرهم ط (قوله ويكون بالنزاع من البلد) ومنه ما مر من نفي الزاني البكر : ولحق عمر رضى الله عنه نصر بن حجاج لافتتان النساء بجماله . وفي التهر عن شرح البخارى للمعنى أن من أذى الناس ينزى عن البلد (قوله وبالمهجوم الخ)

وكسر دنان الخمر وإن ملحوها ، ولم ينقل إحراق بيته (وبقية كل مسلم حال مباشرة المعصية) قنية (و) أما (بعده) (وليس ذلك لغير الحاكم) والزوج والمولى كما سيحى .
[فرع] من عليه التعزير لو قال لرجل أقم على التعزير ففعله ثم رفع للحاكم فإنه يحتسب به قنية ، وأقره المصنف ، ومثله في دعوى الخانية ، لكن في الفتح ما يجب حقا للعبد لا يقيمه إلا الإمام لتوقفه على الدعوى إلا أن يحكما فيه فليحفظ .

من باب عند الدخول على غفلة بغفلة قال في أحكام السياسة وفي المتقى : وإذا سمع في داره صوت الزمير فادخل عليه لأنه لما أسمع الصوت فقد أسقط حرمة داره . وفي حدود البرازية وغصب النهاية وجناية الدراية . ذكر المصدر الشهيد من أصحابنا أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد في داره ، حتى لا بأس بالمجوس على بيت المقدسين . وهجم عمر رضى الله عنه على نائفة في منزلها وضربها بالدرية حتى سقط خمارها فقبل له فيه . فقال : لاحرمة لها بعد اشتغالها بالهرم والتحققت بالإمام .

وروى أن الفقيه أبا بكر البلخي خرج إلى الرستاق وكانت النساء على شط التهر كاشفات الرؤوس والدراع ، فقبل له : كيف فعلت هذا ؟ فقال : لاحرمة هن ، إنما الشك في إيمانهن كأنهن حريات . وهكذا في حريات جميع الفتاوى .

وذكر في كراهية البرازية عن الواقعات الحسامية : ويتمد إبلاء العدر عن مظهر عسق بداره ، فإن كف فيها وإلا حبسه الإمام أو أدبه أسوأ أو أزعه من داره ، إذ الكل يصلح تعزيرا ، وعن عمر رضى الله تعالى عنه أنه أحرق بيت الخمار . وعن الصفار الزاهدى الأمر بتخريب دار الفاسق (قوله وإن ملوها) أى تكسر وإن قال أصحابنا تلقى فيها ملحا لأجل تحليلها . وفي كراهية البرازية قال في العيون . وفتاوى العيون . يكسر دنان الخمر ، ولا يصنع الكاسر ، ولا يكتفى بإلقاء الملح ، وكذا من أراق حور أهل الذمة وكسر دنانها وشق رقافتها إن كانوا أظهروها بين المسلمين لا يضمن لأنهم لما أظهروها بيننا فقد أسقطوا حرمتها . وفي سير العيون : يضمن إلا إذا كان إماما يرى ذلك لأنه مختلف فيه ، وفي المسلم يضمن الزق .

مسلم في منزله دن مع خر يريد اتخاذا خلا يضمن الدن عند الثاني ، وإن لم يرد الاتخاذ لا يضمن عند الثاني . وذكر الخصاف أن الكسر لو بإذن الإمام لا يضمن وإلا يضمن . وأصله فبمن كسر بربطا لمسلم ، والفتوى على قولهما في عدم الضمان اه (قوله ولم ينقل إحراق بيته) تقدم فقله عن عمر في بيت الخمار ، فالمراد أنه لم ينقل عن علمائنا ، لكن مامر عن الصفار بفيده (قوله وبقية الخ) أى التعزير الواجب حقا لله تعالى لأنه من باب إلالة المنكر ، والشارع ولئى كل أحد ذلك حيث قال صلى الله عليه وسلم من رأى منكرا فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فليسهه . بخلاف الحدود ثم ثبت توليتها إلا للولاة ، وبخلاف التعزير الذى يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فإنه لتوقفه على الدعوى لا يقيمه إلا الحاكم إلا أن يحكما فيه اه فتح (قوله قنية) هذا العزو لقوله حال مباشرة المعصية ، وأما قوله ببقية كل مسلم فقد صرح به في الفتح وغيره (قوله وأما بعده الخ) تصريح بالمفهوم . قال في القنية لأنه لو حرره حال كونه مشغولا بالفاحشة فله ذلك لأنه نهى عن المنكر وكل واحد مأمور به ، وبعد الفراغ ليس نهى لأن النهى عما مضى لا يتصور فيه حص تعزيرا وذلك إلى الإمام اه . وذكر قبله أن للمحتسب أن يعزر الموزر إن حرره بعد الفراغ منها (قوله لكن في الفتح الخ) وعليه فإى القنية محمول على ما إذا كان حقا لله تعالى أو حقا لعبد وحكما فيه (قوله لا يقيمه إلا الإمام) وقيل لصاحب الحق كالفحصاص :

(ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب) أيضا (بعززان) كما لو تشابها بين يدي القاضى ولم يتكافأهما
 مر (ويبدأ بإقامة التعزير بالبادى) لأنه أظلم فنية . وفي مجمع الفتاوى : جاز المجازاة بمثله في غير موجب حد
 للإذن به . ولما انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل والنفو أفضل فن عفا وأصلح فأجره على الله -
 (وصح حبسه) ولو في بيته بأن يمنعه من الخروج منه نهر (مع ضربه) إذا احتجج لزيادة تأديب (وضربه أشد)
 لأنه خفف عددا فلا يخفف وصفا (ثم حد الزنا) لثبوته بالكتاب (ثم حد الشرب) لثبوته بإجماع الصحابة
 لا بالقياس لأنه لا يجري في الحدود (ثم القذف) لضعف سببه باحتيال صدق القاذف .
 (وعزركل مرتكب مكر أو مؤذى مسلم بغير حق بقول أو فعل)

وجه الأول أن صاحب الحق قد يسرف فيه غلطا ، بخلاف القصاص لأنه مقرر كما في البحر عن المجنب (قوله
 ولم يتكافأ) عطف على بعززان ، وفيه إشارة إلى الجواب عما يتوهم من إطلاق قول مجمع الفتاوى الآتى جاز المجازاة
 بمثله الخ . والجواب أن ذلك فيما تمحض حقا لهما وأمكن فيه التساوى ، كما لو قال له ياخييث فقال بل أنت ،
 بخلاف الضرب فإنه يتفاوت ، وبخلاف التشاتم عند القاضى فإن فيه هتك مجلس الشرع كما مر في الباب السابق ،
 وقدمنا تمامه (قوله جاز المجازاة بمثله) فيه إشارة إلى اشتراط إمكان التساوى وتمحض كونه حقا لهما كما قلنا إذ
 بدون ذلك لا مماثلة (قوله إذا احتجج لزيادة تأديب) وذلك بأن يرى أن أكثر الضرب في التعزير وهو تسعة
 وثلاثون لا ينزجر بها أو هو في شك من انزجاره بها يضم إليه الحبس لأن الحبس صلح تعزيرا بانفراده حتى لو
 رأى أن لا يضربه ويحبسه أياما عقوبة فعل فتح . قال ط : وصح العقيد في السفهاء والدعار وأهل الفساد حموى عن
 المفتاح (قوله وضربه أشد) أى أشد من ضرب حد الزنا . ويؤخذ من التعليل أن هذا فيما إذا عزر بما دون أكثره
 والإفقتة وثلاثون من أشد الضرب فوق ثمانين حكما فضلا عن أربعين مع تنقيص واحد من الأشدية فيفوت
 الماهى الذى لأجله قصص كذا قاله الشيخ قاسم بن قطلوبغا شرنا لثبته وإطلاق الأشدية شامل لقوته وجمعه في عضو
 . أحد فلا يفرق الضرب فيه وقد مر الكلام فيه أول الباب ، وأشار إلى أنه مجرد من ثبائه كما في غاية البيان وبخلافه
 ما في الخاتمة : يضرب التعزير قائما بثبائه وينزع القرو والخشو ولا يجد في التعزير اه والظاهر الأول لتصريح الميسوط
 به بحر وتقدم معنى المدة في حد الزنا (قوله فلا يخفف وصفا) كى لا يؤدى إلى فوات المقصود بحر أى الاتزجار
 (قوله ثم حد الزنا) بالرفع لحذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه والأصل ثم ضرب حد الزنا ط (قوله
 لا بالقياس) رد على صدر الشريعة كما نبه عليه ابن كمال في هامش الإيضاح (قوله لضعف سببه) أى فسببه
 محتمل وسبب حد الشرب متيقن به وهو الشرب والمراد أن الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لأنه
 بالبيعة أو الإقرار وهما لا يوجبان اليقين بحر وهو مأخوذ من الفتح تأمل (قوله وعزركل مرتكب مكر الخ)
 هذا وهو الأصل في وجوب التعزير كما في البحر عن الطحاوى :

مطلب التعزير قد يكون بدون معصية

وظاهره أن المراد حصر أسباب التعزير فيما ذكر مع أنه قد يكون بدون معصية كتعزير الصبي والمتمم كما يأتي
 وكفى من خيف منه فتنة بجماله مثلا ، كما مر في نقي عمر رضى الله تعالى عنه نصر بن حجاج .
 وذكر في البحر أن الحاصل وجوبه بإجماع الأمة لكل مرتكب معصية ليس فيها حد مقلد كنظر محرم ومس
 محرم وغلوة محرمة وأكل ربا ظاهر اه .
 قلت : وهذه الكلية غير منعكسة لأنه قد يكون في معصية فيها حد كزنا غير المحصن فإنه يجلد حدا والإمام

إلا إذا كان الكذب ظاهرا كيا كلب يجر (ولو بغمز العين) أو إشارة اليد لأنه غيبة كما يأتي في الحظر، فتركبه مرتكب محرم، وكل مرتكب معصية لاحد فيها، فيها التمييز أشباه (في زور) بستم ولده وقذفه (وبقذف مملوك) ولو أم ولده (وكذا بقذف كافر) وكل من ليس بمحصن (زنا) وبإبلاغ به غايته، كما لو أصاب من أجنبية محرما غير جامع، أو أخذ السارق بعد جمعه للمقاع قبل إخراجها، وفيها عداها لا يبلغ غايته، وبقذف: أي بستم (مسلم) ما (ببافاسق إلا أن يكون معلوم الفسق) ككاس مثلا أو علم القاضي بنفسه، لأن الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل ففتح (فإن أراد القاذف) إثباته بالبينة (مجردا) بلا بيان سببه

نفية سياسة وتعزير كما مر في بابها. وروى أحمد أن النجاشي الشاعر جيء به إلى على رضي الله تعالى عنه وقد شرب الخمر في رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين، لكن ذكر في الفتح أنه ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره في رمضان كما جاء في رواية أخرى أنه قال له: ضربتك العشرين بجرأتك على الله وإفطارك في رمضان اه فالتعزير فيه من جهة أخرى غير جهة الحد (قوله إلا إذا كان الكذب ظاهرا الخ) سيأتي الكلام فيه (قوله لأنه غيبة) ظاهره لزوم التعزير وإن لم يعلم صاحب الحق، لكن مر عن الفتح أن ما يجب حقا للعبد يتوقف على ادعوى (قوله وكل ما ارتكب معصية) لعله ذكره مع إغناء ما قبله عنه ليفيد أن المراد بالمتكر ما لا حد فيه. قال في الفتح: ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وإن لم يشربوا، ومن معه ركوة حر، وبخاطر في رمضان يعزر ويحبس، وكذا المسلم يبيع الخمر ويأكل الربا. والمعنى، والخنث: والناحية يعزرون ويحبسون حتى يحدنوا توبة، ومن يهتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن إلى أن يظهر التوبة، وكذا من قبل أسية أو عانقها أو مسها بشهوة اه (قوله فيعزر بستم ولده) فيه كلام لصاحب البحر تقدم في حد القذف (قوله وكل من ليس بمحصن) أي إحصان القذف ط.

وحاصله أن من لم يحد قاذفه لعدم إحصائه يعزر قاذفه، فلا يلزم من سقوط الحد لعدم الإحصان سقوط التعزير (قوله ويلج به غايته) أي تسعة وثلاثون سوطا وهذا معطوف على قوله فيعزر. ومقتضاه بلوغ غاية في شتم ولده وليس كذلك (قوله محرما غير جامع) الذي في الفتح والبحر وغيرهما: كل محرم غير جامع. ومقاده أنه لا يبلغ الغاية بمجرد لمس أو تقبيل، وهو خلاف ما يفيد كلام الشارح (قوله وفيها عداها) أي ما عدا هذه المواضع الثلاث لا يبلغ غاية التعزير، واقتصر عليها تبعا للبحر. وزاد بعضهم غيرها: منها ما في الدرر، قبل تارك الصلاة بضرب حتى يسيل منه الدم. وفي الحجة: لو ادعى الإمام أنه كان مجوسا لا يصدق إلا أنه يضرب ضربا شديدا اه أي ولا يلزم القوم إعادة الصلاة. وفي الخانية: من وطئ غلاما يعزر أشد التعزير. وفي التاترخانية: إن المرأة إذا ارتدت تجير على الإسلام وتضرب خمسة وسبعين اه أي على قول أبي يوسف أن أكثره ذلك، أما على قولهما فأكثره تسعة وثلاثون (قوله أي بستم) إطلاق القذف على الشتم مجاز شرعي حقيقة لغوية يجر (قوله مسلم ما) أي سواء كان عدلا أو مستورا، وسيأتي أن الذي كالمسلم (قوله أو علم القاضي بنفسه) هذا لم يذكره في الفتح، بل ذكره في النهر عن الخانية، وأعله معنى على القول المرجوح من أن للقاضي أن يقضى بعلمه تأمل (قوله بلا بيان سببه) مثل أنه فاسق، وهذا تفسير لقوله مجردا. واحتقر به عما لو بين سببا شرعيا كتنبيل أجنبية كما ذكره بعد.

مطلب في الجرح المحرر

قلت: وهذا مخالف لما ذكره في الشهادات من أن الشهادة لا تقبل على جرح مجرد عن إثبات حق لله تعالى أو للعبد. مثل أن يشهدوا على شهود المذبح بأهم فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شرية الخمر أو على إقرارهم

(لا تسمع : ولو قال يازاني وأراد إثباته تسمع) لثبوت الحد بخلاف الأول ،

أنهم شهدوا بزور ، وتقبل لو شهدوا على الجرح المركب مثل إتهم زنوا ووصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا متى كذا ولم يتقدم العهد ، أو إني صاغتكم بكذا من المال على أن لا يشهدوا عليّ بالباطل وأطوب رد المال منهم ففي هذا إثبات حتى لله تعالى وهو الحد ، أو إثبات حتى العبد وهو المال ، بخلاف ما قبله لأنه ليس فيه إثبات فعل خاص موجب للحد ، بل غاية أن عادتهم فعل الزنا أو نحوه فهو جرح مجرد . وقد قال في الفتنه هنا : إن الشهادة على الجرح المجرد لا تصح بل تصح إذا ثبت فسقه في ضمن مانصحه فيه الخصومة كجرح الشهود اهـ . فهذا يفيد أن ما بين سببه كتقبيل أجنبية مثلا جرح مجرد لأنه ليس في ضمن مانصحه فيه الخصومة ، ولهذا أورد المصنف وغيره هناك أن إقرارهم بشهادة الزور موجب للتعزير وهو من حقوقه تعالى . وأجاب بأن الظاهر بأن مرادهم بحقه تعالى الحد لا التعزير لأنه يسقط بالثبوت ، فليس في وضع القاضي لإلزامه به ، بخلاف الحد فإنه لا يسقط بها :

قلت : والتحقق أنه يفرق بين البابين بأن المراد بالمجرد هنا ما لم يبين سببه وغير المجرد ما بين له سبب موجب لحق الله تعالى من حد أو تعزير أو لحق العبد ، والمراد بالمجرد في باب الشهادة ما لم يوجب حدا أو حق عبد ، وغير المجرد ما ثبت في ضمن مانصحه فيه الخصومة مع حق لله تعالى أو للعبد : ووجه الفرق أن المقصود هنا إسقاط التعزير عن القاذف بإثبات ما يوجب صدقه لا إثبات فسق المقتدوف ابتداء فلذا اكتفى ببيان السبب الموجب لفسقه ، ولم يكتف بالمجرد عنه لاحتمال ظن الشاهدين ما ليس بموجب للفسق مفسقا . وأما في باب الشهادة فإن المقصود إثبات فسقه لتسقط عدالته ، لأن الجرح مقدم على التعديل وإثبات الفسق مقصودا لإظهار الفاحشة . وقد قالوا : إنه فسق لشهود الجرح فلا تقبل شهادتهم إلا إذا كان في ضمن إثبات حتى تصح فيه الخصومة ، لأنه لم يصر مقصودا لإظهار الفاحشة بل يثبت ضمنا ، ولا يدخل في الحق هنا التعزير لما مر عن المصنف :

فالخاصل أن ما يوجب التعزير جرح مجرد في باب الشهادة لأنها يقبل هنا بعد بيان سببه لانهناك لما علمت وبدل على ما قلنا ما صرحوا به هناك من أن الجرح المجرد إنما لا يقبل لو كان جهرا لأنه إظهار للفاحشة ، أما لو كان سرا فإنه يقبل ، وكذا ما صرحوا به أيضا من أنه لا يقبل إذا كان بعد التعديل كما اعتمده المصنف ومثى عليه هناك ، فلو كان قبله قبل . والظاهر أن علة قبوله قبله أنه يكون جهرا بفسق الشهود لئلا يقبل القاضي شهادتهم ، ولذا يقبل الجرح سرا من واحد ، ولو كان شهادة لم يقبل ، ولهذا لو عدلوا بعد الجرح ثبتت عدالتهم وتقبل شهادتهم ، ولو كان الجرح سرا شهادة مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل ؛ فثبت أنه إخبار لا شهادة . ونظيره سؤال القاضي المزكين عن الشهود فصار الخاصل أن الجرح المجرد لا يقبل في باب الشهادة إذا كان على وجه الشهادة جهرا بعد التعديل وإلا قبل . وأما في باب التعزير فإنه يقبل بعد بيان سببه ويخرج بذلك عن كونه مجردا .

[تنبيه] سيأتي أن التعزير يثبت بشهادة المدعى مع آخر وبشهادة عدل إذا كان في حقوقه تعالى لأنه من باب الإخبار . وظاهر كلامه هنا أنه لا بد من شاهدين غيره ؛ لأن تعزير القاذف ثبت حقا للمقتدوف ، فإذا ادعى القاذف فسق المقتدوف لا تكتفى شهادته لنفسه فلا بد من إقامة البينة على صدق القاذف ليسقط عنه التعزير الثابت حقا للمقتدوف بخلاف ما كان حقا لله تعالى ، هذا ما ظهر لي في هذا المقام والسلام (قوله وأراد إثباته) أي لإسقاط الحد عنه (قوله لثبوت الحد) أي فكان الجرح ثابتا ضمنا لا قصدا فلم يكن مجردا ، لكن المناسب للتعليل ببيان السبب ؛ ويؤيد ما مر قبل هذا الباب عن المانصحه من أنه لو أقام أربعة فساق يدروا الحد من القاذف والمقتدوف والشهود ،

حتى لو بينوا فسقه بما فيه حق الله تعالى أو للبعد قبلت وكذا في جرح الشاهد . ويتبين أن بسأل القاضي عن سبب فسقه ، فإن بين سببا شرعيا كتحصيل أجنبية وعناقها وخلوته بها طالب بينة ليعززه ؛ ولو قال هو ترك واجب سأل القاضي المشتوم عما يجب عليه تعلمه من الفرائض ، فإن لم يعرفها ثبت فسقه ؛ لما في المجنبى : من ترك الاشتغال بالفقه لاتقبل شهادته ، والمراد ما يجب عليه تعلمه منه نهر .

(وعزr) الشاتم (بياكافر) وهل يكفر إن اعتقد المسلم كافرا ؟ نعم وإلا لا ، به يفتى شرح وهبانية ؛ وأو أجابه ليبك كفر خلاصة . وفي التارخانية ، قبل لا يعزr مالم يقل بياكافر بالله لأنه كافر بالطاغات فيكون محتملا (ياحيث ياسارق ياغاجر ياغث ياغث ياغث) ياسقيه يابليد يالحق يامباحى ياغوائى (بالوطى) وقيل يسأل ، فإن عى أنه من قوم لوط عليه الصلاة والسلام لا يعزr ، وإن أراد به أنه يعمل عملهم عزr عنده وحده عندهما . والصحيح تنزيه لو فى غضب أو هزل فتع (بازنديق) بامناق يارافضى

فلم أن ثبوت الحد غير لازم ، وهذا مؤيد لما حققناه آنفا من أن المراد بالمجرد هنا مالم يبين سببه لادام ثبت فسقه . (قوله حتى لو بينوا الخ) تفرع على قوله بلا بيان سببه (قوله وكذا في جرح الشاهد) قد علمت الفرق بين البابين (قوله ويتبين الخ) قاله صاحب البحر (قوله ليعززه) أى يعزr المقذوف ويسقط التعزير عن مصادف (قوله سأل القاضي المشتوم) أى ولا يطلب من الشاتم البينة في مثل هذا كما في البحر (قوله من الفرائض) أراد بها ما يصلح الواجبات كما ذكره بعد (قوله ثبت فسقه) ويتبين أن يلزمه التعزير ، لما مر من أنه يعزr كل مرتكب معصية لاح فيها (قوله بياكافر) لم يقيد بكون المشتوم بذلك مسلما لما يذكره بعد (قوله إن اعتقد المسلم كافرا) أى يكفر إن اعتقده كافرا لا بسبب مكفر . قال في النهر : وفي النخبة المختار الفتوى أنه إن أراد الشتم ولا يعقده ككفر لا يكفر وإن اعتقده ككفر فخاصه بهذا بناء على اعتقاده أنه كافر يكفر لأنه لما اعتقد المسلم ككراهة اعتقد ككراهة ككراهة (قوله كفر) أى لأن إجابته إقرار بأنه كافر فيؤاخذ به اوضاه بالكفر ظاهرا لا باطنا . وأما فيها بينه وبين الله تعالى ، فإن كان متأولا بأنه كافر بالطاغات مثلا فلا يكفر (قوله فيكون محتملا) قال في شرحه ويرجع خلافه حالة السب ؛ فلذا أطلق في الهداية وغيرها (قوله ياغاجر) يستعمل في عرف الشرع بمعنى الكافر والزاني ، وفي عرفنا اليوم بمعنى كثير الخصام والمنازعة . قال في البحر : وأفاد بقطعه ياغاجر على يافاسق التغاير بينهما ، ولذا قال في القنية : لو أقام مدعى الشتم شاهدين شهد أحدهما أنه قال له يافاسق والآخر على أنه قال له ياغاجر لاتقبل هذه الشهادة (قوله ياغث ياغث) بفتح النون ، أما بكسرهما فمرادف للوطى نهر . وقيل المختص من يؤتى كالمرأة وعليه اقتصر في الدر المنقى . ونقل بعض المحشين عن الإشارات أن كسر النون أفصح والفتح أشهر ، وهو من خلقه خلق النساء في حركانه وسكناته وهياته وكلامه ، فإن كان خلقه فلازم فيه ، ومن يتكلفه فهو المذموم (قوله ياغث) هو الذى يؤون فيها في يده من الأمانات أبو السعود عن الحموى (قوله ياسقيه) هو المبلى السرف وفي عرفنا اليوم بمعنى بلى السان (قوله يابليد) إنما يعلم لأنه يستعمل بمعنى الخبيث الفاجر نهر عن السراج . قلت : وهو في عرف اليوم معنى قليل الفهم فينبغى أن لا يعزr به . ثم رأيت في الفتح قال : وأنا أظن أنه يشبه يا أبله ولم يعزروا به (قوله يالحق) بمعنى ناقص العقل سمي الأخلاق (قوله يامباحى) هو من يعتقد أن الأشياء كلها مباحة (قوله ياغوائى) هو السامح إلى الحاكم بالناس ظالم (قوله أو هزل) عبارة الفتح قلت : أو هزل من تعود بالخزل بالقياس اه (قوله بازنديق بامناق) الأول هو من لا يتدين بدين ؛ والثاني هو من يبطن الكفر ويظهر الإسلام كما سيذكره في الردة عن الفتح (قوله يارافضى) قال في البحر : ولا يغنى أن قوله يارافضى

ياميتدعي يابهودى يانصرانى يابن النصرانى نهر (بالصل إلا أن يكون لصاً) لصديق القاتل كما مر ، والنداء ليس بقيد ، إذ الإخبار كانت أو فلان فاسق ونحوه كذلك ما لم يخرج فخرج الدعوى قنية (ياديوث) هو من لا يغار على امرأته أو محرمة (ياقرطبان) مرادف ديوث بمعنى معرض (ياشارب الخمر ، يا أكل الربا ، يابن القحبة) فيه إجماع إلى أنه إذا شتم أصله عزز بطلب الولد كيان الفاسق يا ابن الكافر ، وأنه يعزز بقوله ياقحبة .
لا يقال : القحبة عرفاً أفحش من الزانية لكونها تجاهر به بالأجرة . لأننا نقول : لذلك المعنى لم يجد . فإن

منزلة ياكافر أو يامقتدع فيعزز ، لأن الرافضى كافر إن كان بسب الشيخين . يتدع إن فضل عاياً عليهما مع غير سب كما فى الخلاصة اهـ .

قلت : وفى كفر الرافضى بمجرد السب كلام سنذكره إن شاء الله تعالى فى باب المرتد ، نعم لو كان يقذف السيدة عائشة ورضى الله عنها فلا شك فى كفره (قوله ياميتدعي) أهل البدعة : كل من قال قولاً خالف فيه اعتقاد أهل السنة والجماعة (قوله بالصل) بكسر اللام وتضم ذى متنى (قوله إلا أن يكون لصاً) الأولى أن يقول إلا أن يكون كذلك لئلا يوهى اختصاصه بالصل إذ لا فرق بين الكل كما بحثه فى العقوبة وقال إنه لا نصريح به اهـ .

قلت : ويدل له قوله فى الفتح : وقيد الناطق بما إذا قاله لرجل صالح ، أما لو قال لفاسق أو للصل بالصل أو لعاجر يافاجر لأشئ عليه والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا إنه آذاه بما ألحق به من الشين ، فإن ذلك إنما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه ، أما من علم فإن الشين قد ألحقه بنفسه قبل قول القائل اهـ كلام الفتح .

قلت : ويظهر من هذا وكذا من قول المصنف السابق إلا أن يكون معلوم الفسق أن المراد المخبر المشهور بذلك فلا يعزز شامته بذلك كما لو اغتابه فيه بخلاف غيره لأن فيه إيذائه بما لم يعلم اتصافه به ، وتقدم أنه يعزز بالنسبة وهى لا تكون إلا بوصفه بما فيه وإلا كانت بيتاناً ، فإذا عزز بوصفه بما فيه ما لم يتجاهز به فى شتمه به فى وجهه بالأولى لأنه أشد فى الإيذاء والإهانة هذا مظهر لى فتأمل (قوله كما مر) أى عند قوله يافاسق (قوله ما لم يخرج فخرج الدعوى) قيد لزوم التعزيز بالإخبار عن هذه الأوصاف يعنى أنه إذا ادعى عند الحاكم أن فلاناً فعل كذا بما هو من حقوق الله تعالى فإن المدعى لا يعزز إذا لم يكن على وجه السب والانتقاص ، بل يعزز المدعى عليه لما سيذكره الشارح عن كفاية النهر أن كل تعزير لله تعالى يكفى فيه خبر العدل ، وكذا لو ادعى عليه سرقه أو ما يوجب كفراً وعجز عن إثباته ، بخلاف دعوى الزنا كما يأتى ، والفرق وجود النص على حده للتعزير إذا لم يأت بأربعة من الشهداء (قوله ياديوث) بتثنية الدال ط ، ومثله القوادى فى حرف مصر والشام فتح (قوله ياقرطبان) معرب قلتان دور ، ومثله ياكشخان وهو الحق ، خلافاً لما فى الكنز من أنه لا تعزير فيه كما فى الفتح ، وهو بالخاء المعجمة كما فى القاموس خلافاً لما فى البحر والنهر من أنه بالمهمل (قوله مرادف ديوث) قال الزيلعى : هو الذى يرى مع امرأته أو محرمة رجلاً فيدعه خالياً بها . وقيل هو المستب للجمع بين الذين لمعنى غير ممدوح ، وقيل هو الذى يبعث امرأته مع غلام بالغ ، أو مع زارعه إلى الضيعة ، أو يأذن لها بالدخول عليها فى غيبته (قوله بمعنى معرض) فى بعض النسخ معرس بالسين . قال فى النهر بعد ما مر عن الزيلعى : وعلى كل تقدير فهو المعنى بالمعرس بكسر الراء والسين المهمل ، والعوام يلحنون فيه فيفتحون الراء ويأتون بالصاد قاله العيني (قوله عزز بطلب الولد) لأنه هو المقصود بالشتم ، والظاهر أن له الطلب وإن كان أصله حياً ، بخلاف قوله يابن الزانية وأنه يعزز أيضاً بطلب الأصل تأمل (قوله وأنه يعزز الخ) عطف على قوله أنه إذا شتم : أى أن فى كلام المصنف إجماع أيضاً إلى أن موجه التعزير لا الحد (قوله لا يقال الخ) حاصله أنه كان ينبغي أن يوجب الحد لا التعزير

الزنا بالاجرة يسقط الجحد عنده خلافا لما ابن كمال ، لكن صرح في المضمرات بوجوب الحد فيه قال المصنف وهو ظاهر (باب الفاجرة ، أنت مأوى اللصوص ، أنت مأوى الزواني ، يامن يلعب بالصبيان ، باحرام زاده) معناه المتولد من الوطء الحرام فيم حالة الخيض .

لا يقال : في العرف لا يراد ذلك بل يراد ولد الزنا . لأننا نقول : كثيرا ما يراد به الخلداع الشتم فلذا لا يحد : [فرج] أقر على نفسه بالدبائة أو عرف بها لا يقتل مالم يستحل ويبالغ في تعزيره أو يلاعن جواهر الفتاوى . وفيها : فاسق تاب وقال إن رجعت إلى ذلك فاشهدوا عليه أنه راضى فرج لا يكون راضيا بل عاصيا ، ولو قال : إن رجعت فهو كافر فرجع تلزمه كفارة يمين . (لا يعزر (بإحمار ياخزير ، ياكلب ، ياتيس ، ياقرد) بانور يابقر ، باحية لظهور كذبه . واستحسن في الهداية

(قوله بسقط الحد) أي حد الزنا لشبهة العقد ، فلم يكن قاذوا بالزنا الخالي عن الملك وشبهته ، فلا يحد القاذف أيضا لكنه يعزر . وكتب ابن كمال بهامش شرحه هنا أن النسبة إلى فعل لا يجب الحد بذلك الفعل لا يوجب الحد فافهم (قوله وهو طاهر) لعل وجهه أنه صار حقيقة عرفية بمعنى الزانية فهو قذف بصريح الزنا ، ولأن القصة لا تلزم عقد الإجارة الذي هو علة سقوط الحد عند الإمام (قوله يامن يلعب بالصبيان) أي معهم نهر . والظاهر أن المراد به في العرف من يفعل معهم القبيح بقربة الشتم والغضب (قوله فيم حالة الخيض) أي فلم يكن قدفا بصريح الزنا ، فلا يوجب الحد بل التعزير (قوله ويبالغ في تعزيره) أي فيما إذا عرف بالدبائة ، وقوله أو يلاعن أي فيما إذا أقر بها ، ففيه لف ونشر مشوش كما تفيد عبارة المنع عن جواهر الفتاوى لأنه إذا لاعن لا يحتاج إلى التعزير وإذا أكذب نفسه يلزمه الحد كما في الجواهر أيضا . واعتراض بأن الدبوت من لا يغار على أهله أو محرمه فهو يس بصريح الزنا فكيف يجب اللعان بإقراره بالدبائة .

قلت : الظاهر أن المراد إقراره بمعناها لا بلفظها أي بأن قال كنت أدخل الرجال على زوجتي برؤوسها (قوله تلزمه كفارة يمين) لأنه علق رجوعه على الكفر فيعتقد يميناً كما مر في بابها ، وأشار إلى أنه لا يصير كافرا برجوعه ، لكن هذا إذا علم أنه برجوعه لا يصير كافرا وإلا كفر لرضاه بالكفر كما مر في محله ، وإلى أنه لا يلزمه كفارة في المسألة الأولى لأنه ليس كل رافض كافرا كما مر ، فلم يكن تعليقا على الكفر (قوله لظهور كذبه) أي يميناً كما في الهداية :

وفي البحر عن الحاوي القدسي : الأصل أن كل سب عاد شينه إلى الساب فإنه لا يعزر ، فإن عاد الشين فيه إلى المسبوب عزراه وإنما يعود شينه إلى الساب لظهور كذبه (قوله واستحسن في الهداية) وكذا في الكافي كما في التاترخانية . ونقل القهستاني تصحيحه عن الفتاوى . وعبارة الهداية : وقيل في عرفنا يعزر لأنه يعد شينا . وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالقهاء والعلماء يعزر لأنه يلحقهم الوحشة بذلك ، وإن كان من العامة لا يعزر ، وهذا أحسن اه .

والحاصل أن ظاهر الرواية أنه لا يعزر مطلقا ، ومختار الهندواني أنه يعزر مطلقا ، والفصيل المذكور كما في الفتح وغيره : قال السيد أبو السعود : وقوى شيخنا ما اختاره الهندواني بأنه الموافق لضابط : كل من ارتكب منكرا أو أذى مسلما بغير حق بقول أو فعل أو إشارة يلزمه التعزير .

قلت : ويؤيده أن هذه الألفاظ لا يقصد بها حقيقة اللفظ حتى يقال بظهور كذبه ولولا النظر إلى ما فهمان الأذى لما قبل بالتعزير بها في حق الأشراف وإلا فظهور الكذب فيها موجود في حق الكل فينبغي أن يلحق بهم من كان

التعزير لو مخاطب من الأشراف وتبعه الزيلعي وغيره (يا حجاج يا أبله يا ابن الحجاج وأبوه ليس كذلك) وأوجب الزيلعي التعزير في يابن الحجاج (يامؤاجر) لأنه عرفاً بمعنى المؤجر (يابنا) هو المأبون بالقارسية : وفي الملقط في عرفنا يعزّر فيها وفي ولد الحرام نهر . والضابط أنه متى نسب إلى فعل اختياري محرم شرعاً وبعداً عاراً

في معناه ممن يحصل له بذلك الأذى والوحشة ؛ بل كثير من أصحاب الأنفس الآنية يحصل له من الوحشة أكثر من الفقهاء والعلوية . وقد يجاب بأن المراد بالأشراف من كان كريم النفس حسن الطبع وذكر الفقهاء والعلوية لأن الغالب فيهم ذلك ، فمن كان بهذه الصفة يلحقه الشين بهذه الألفاظ المراد لازمها من نحو البلادة ونحو الطباع وإلا فلا لأنه هو الذي ألحق الشين بنفسه فلا يعتبر لحوق الوحشة به ، كما لو قيل لفاسق بافاسق فيرجع إلى ما استحسنته في اهذابه وغيرها . ثم رأيت الشارح في شرح الملتقى قال : ولعل المراد بالعلوي كل مثق وإلا فالتخصيص غير ظاهر بل قال الفقيه أبو جعفر إنه في الأخصه أما في الأشراف فالتعزير اه فافهم .

[تبيّه] ذكر في شرحه على الملتقى أيضاً أنه لو على وجه المزاح يعزّر فلو بطريق الحفارة كفر لأن إهانة أهل العلم كفر على اختيار فتاوى بدعية لكنه يشكل بما في الخلاصة أن سب الخنتين ليس بكفر اه ؛ والمراد بالخنتين عثان وعلى رضي الله تعالى عنهما (قوله يا أبله) بمعنى الغافل (قوله وأبوه ليس كذلك) أي ليس بحجاج ، وكذا لا تعزير لو كان كذلك بالأولى (قوله وأوجب الزيلعي الخ) كأنه لعدم ظهور الكذب في يابن الحجاج لموت أبيه فإسماه بغيره لا يعامرون كذبه فلمحقه الشين بخلاف قوله يا حجاج لأنهم يشاهدون صنعته بجر . ودفعه في النهر بأن انفردة تحمك لأن الحكم بتعزيره غير مفيد بموت أبيه اه .

قلت : والذي رأيته في الزيلعي هكذا : ومن الألفاظ التي لا توجب التعزير قوله يارستاق ويابن الأسود ويابن الحجاج وهو ليس كذلك اه . فقوله وهو ليس كذلك : أي ليس بهذه الصفة فليس المراد نفي الحكم المذكور من فقهه الشارح وغيره فافهم (قوله لأنه عرفاً بمعنى المؤجر) قال مثلاً عسرو : المؤاجر يستعمل فيمن يؤجر أهله سراً لكنه ليس معناه الحقيقي المتعارف بل بمعنى المؤجر (قوله يابنا) هو بالياء الموحدة والغين المعجمة الشددة ويقال ياغا وكأنه انتزع من البقاء بجر عن المغرب (قوله هو المأبون) أي الذي لا يقدر على ترك أن يؤتى في دبره لدودة ونحوها بجر .

قلت : لكن قال المصنف في شرحه تبعاً للدرر : إن البغا من شتم العوام يصفون به ولا يعرفون ما يقولون اه وهذا هو المناسب لما مشى عليه تبعاً للمتون ، من أنه لا تعزير فيه . أما على تفسيره بالمأبون فلا ، ولذا قال في البحر بعد ما نقل عن المغرب إنه المأبون . وينبغي أن يجب التعزير فيه اتفاقاً لأنه ألحق الشين به لعدم ظهور الكذب فيه ، ثم استشهد لذلك بما صرح به في الظهيرية من وجوب التعزير في يامعفوج : وهو المأني في الدبر معللاً بأنه ألحق الشين به ، بل البغا أقوى لأن الأئمة عيب شديد .

قلت : وحاصله أن المأبون هو الذي يطلب أن يؤتى بخلاف المعفوج وهو بالعين المهملة والفاء والجيم ، وفسره في الفارغانية بالمضروب في الدبر . وفي القاموس : فعج يعفج ضرب ، وجاريته جامعها (قوله يعزّر فيها) أي في يامؤاجر ويابنا بناء على أن عرفهم استعمال مؤاجر فيمن يؤاجر أهله للزنا وبغا في المأبون ، وهذا مؤيد لما بحثه في البحر ،

قلت : ولا يستعمل في عرفنا هذان اللفظان في الشتم ، فينبغي عدم التعزير فيها كما عليه المتون (قوله وفي ولد الحرام) هذا ذكره في النهر بحثاً ، حيث قال : وينبغي أن يعزّر في ولد الحرام ، بل أولى من حرام زاده ، ولم يذكر في النهر عبارة الملقط ، ففي كلام الشارح لإمام (قوله والضابط الخ) قال ابن كمال : فخرج بالقيّد

عرفا يعزر وإلا لا ابن كمال (ياضحكة) يسكون الحاء : من بضحك عليه الناس ، أما بفتحها : فهو من بضحك على الناس ، وكذا (ياسخرة) واختار في الغاية التعزير فيهما وفي ياساحر يامقامر . وفي الملقى : واستحسنوا التعزير لو المقول له فقها أو علوياً .

(ادعى سرقة) على شخص (وعجز عن إثباتها لايعزر ، كما لو ادعى على آخر بدعوى توجب تكفيره وعجز) المدهى (عن إثبات ماداعاه) فإنه شيء عليه إذا صدر الكلام على وجه الدعوى عندحاكم شرعى . أما إذا صدر على وجه السب أو الانتقاص فإنه يعزر فتاوى قارى الهداية (بخلاف دعوى الزنا) فإنه إذا لم يثبت يحد لما مر (وهو) أى التعزير (حق العبد) غالب فيه (فيجوز فيه الإبراء والعفو)

الأول النسبة إلى الأمور الخلقية ، فلا يعزر في ياحمار ونحوه ، فإن معناه الحقيقي غير مراد ، بل معناه اجازى كالبلد ، وهو أمر خلقي ، وبالقيد الثانى النسبة إلى ما لا يحرم في الشرع ، فلا يعزر في ياحجم ونحوه مما يعد عارا في العرف ، ولا يحرم في الشرع ، وبالقيد الثالث إلى ما لا يعد عارا في العرف . فلا يعزر في بالاعب الرد ونحوه مما يحرم في الشرع اهـ .

قلت : وهذا الضابط مبنى على ظاهر الرواية . وقد علمت تفصيل الهداية (قوله يسكون الحاء) أى مع ضم أوله في الموضعين (قوله وفي ياساحر) رأيته في البحر بالحاء المعجمة تأمل (قوله يامقامر) من قامره مقامرة وقمار فممره : إذا راحته فغلبه كما في القاموس (قوله وفي الملقى الخ) هذا معنى ما مر عن الهداية والزليعى ، لكنه في الملقى ذكره بعد جميع ما مر من الألفاظ . وعبارة الهداية والزليعى توهم أن هذا التخصيص في نحو حر وتخزير مما ييقن فيه بكذب القائل فأعاد الشارح آخر الدفع هذا الإيهام قافهم (قوله ادعى سرقة) ذكر في البحر هذه المسألة عن القنية ، وذكر الثانية عن فتاوى قارى الهداية ، وقوله بخلاف دعوى الزنا من كلام القنية ، وأشار الشارح إلى المسألتين بقوله فيها تقدم ما لم يخرج مخرج الدعوى ، وقدم أنه دخل في ذلك دعوى ما يوجب التعزير حقا لله تعالى (قوله لما مر) أى قبيل هذا الباب من أنه مندوب للرد . أى مأمور بالستر ، فإذا لم يقدر على إثباته كان مخالفا للأمر . وذكرنا الفرق فيها تقدم ورود النص على جلده إذا لم يأت بأربعة شهداء : وأما ما في البحر عن القنية من الفرق بأن دعوى الزنا لا يمكن إثباتها إلا بنسبته إلى الزنا ، بخلاف دعوى السرقة فإن المقصود منها إثبات المال ويمكن إثباته بدون نسبه إلى السرقة فلم يكن قاصدا نسبه إلى السرقة ، ففيه نظر لاختصاصه عكس الحكم (۱) المذكور فيهما : ثم رأيت الخير الرملى نبه على ذلك أيضا كما أوضحته فيما علقته على البحر قافهم (قوله وهو أى التعزير الخ) لما كان ظاهر كلام المصنف كالزليعى وقاضيان أن كل تعزير حق العبد مع أنه قد يكون حق الله تعالى كما يأتي زاد الشارح قوله غالب فيه تبعا للرد وشرح المصنف ، فصار قوله حق العبد مبتدأ ، وقوله غالب فيه خبره والجملة خبر قوله وهو ، والمراد كما أفاده ح أن أفرادها التى هى حق العبد أكثر من أفرادها التى هى حق الله ، وليس المراد أن الحقين اجتماعا فيه وحق العبد غالب كما قيل بمكة في حد القذف اهـ .

قلت : هذا وإن دفع الإيراد المار لكن المتبادر خلافه ، وهو أنه اجتماع فيه الحقان وحق العبد غالب فيه عكس حد القذف ، وقد دفع الشارح الإيراد بقوله بعده ويكون أيضا حقا لله تعالى . فعلم أن المراد بالأول ما كان حقا للعبد وأن فيه حق الله تعالى ولكن حق العبد غالب فيه على عكس حد القذف :

(۱) (قوله لاختصاصه عكس الحكم) لأن المال حيث أسكن إثباته بدون نسبه إلى السرقة يصير بدعواها ظاهرا قاصدا نسبه إليها ، ولا لعل منها إلى دعوى المال : بخلاف دعوى الزنا لأنه لا يمكن إثباتها إلا بنسبة الزنا إليه نظر .

والتكفيل زيلعى (واليمين) ويحلفه بالله ماله عليك هذا الحق الذى يدعى لا بالله ماقلت خلاصة (والشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين) كما فى حقوق العباد ويكون أيضاً حقاً لله تعالى فلا عقوبه إلا إذا علم الإمام أن زجاره الفاعل ولا يمين ؛

وبيان ذلك أن جميع ما مر من ألفاظ القذف والشم الموجبة للتعزير منهى عنها شرعاً . قال تعالى - ولا تنازروا بالألقاب - فكان فيها حق الله تعالى وحق العبد وغلب حق العبد لحاجته ، ولذا لو عفا سقط التعزير ، بخلاف حد القذف فإنه بالعكس كما مر ، وربما تمحض حق العبد كما إذا شتم الصبي رجلاً فإنه غير مكلف بحق الله تعالى هذا ماظهر لى فى تحقيق هذا المحل فافهم .

مطلب فيما لو شتم رجلاً بألفاظ متعددة

[تنبيه] ذكر ابن المصنف فى حواشيه على الأشياء أنه يؤخذ من كونه حق عبد جواب حادثة الفتوى : هى أن رجلاً شتم آخر بألفاظ متعددة من ألفاظ الشتم الموجب للتعزير ، وهو أنه يعزى لكل واحد منها لأن حقوق العباد لا تداخل فيها ، بخلاف الحدود ولم أر من صرح به ، لكن كلامهم يفيد ، نعم التعزير الذى هو حق الله تعالى ينفى القول فيه بالتداخل اه : وأصل البحث لوالده المصنف ، وحزم به الشارح كما مر قبيل هذا الباب . قلت : ومقتضى هذا تعدده أيضاً لو شتم جماعة بلفظ واحد مثل أنتم فسقة أو بألفاظ ، بخلاف حد القذف كما مر هناك (قوله والتكفيل) أى أخذ تكفيل بنفس الشاتم ثلاثة أيام إذا قال المشتوم لى عليه بيعة حاضرة كفى كافى الحاكم (قوله زيلعى) تمام عبارة الزيلعى وشرع فى حق الصبيان اه وسأيت منّا (قوله واليمين) يعنى إذا أنكر أنه سبه يحلف ويقضى عليه بالنكول فنع (قوله لا بالله ماقلت) أى لا يحلفه بالله ماقلت له بإفامق ، لاحتمال أنه قال ذلك ورد عليه المشتوم بمثله أو حتى عنه أو أنه فاسق فى نفس الأمر ولا بيعة للشاتم ، فى ذلك كله ليس عليه للمشتوم حق التعزير الذى يدعى : كما لو ادعى على آخر أنه استقرض منه كذا وأنكر فإنه يحلفه ماله عليك الألف الذى يدعى لاحتمال أنه استقرض وأوفاه أو أبراه المدعى (قوله وشهادة رجل وامرأتين) صرح به الزيلعى وكذا فى الفارخانية عن المتنق . ويحلفه مافى الجوهره : لا تقبل فى التعزير شهادة النساء مع الرجال عنه لأنه عقوبة كالحد والقصاص . وعندما تقبل لأنه حتى أدى اه أفاده الشرنبلالى .

قلت : ومقتضى هذا أنه لا تقبل فيه الشهادة على الشهادة أيضاً عنده مع أنه حزم الزيلعى وكذا فى الفتح والبحر عن الخانية بأنها تقبل فلذا حزم المصنف بقبولها فى الموضوعين (قوله كما فى حقوق العباد) أى كما فى باقيا (قوله ويكون أيضاً حقاً لله تعالى) أى خالصاً له تعالى كتكفيل أجنبية وحضور مجلس فسق (قوله فلا عقوبه فيه) كذا قاله فى فتح القدير ، لكن فى القنية عن مشكل الآثار أن إقامة التعزير إلى الإمام عند امتناع الثلاثة والشافعى ، والعفو إليه أيضاً . قال الطحاوى : وعندى أن العفو للمجنى عليه لا للإمام : قال صاحب القنية : ولعل ماقلوه فى التعزير الواجب حقاً لله تعالى ، وما قاله الطحاوى فيما إذا جنى على إنسان اه فهذا مخالف لما فى الفتح كما فى البحر والنهر ؛

قلت : لكن ذكر فى الفتح أول الباب أن مانص عليه من التعزير كما فى وطء جارية امرأته أو المشتركة وجب امتثال الأمر فيه ، وما لم ينص عليه إذا رأى الإمام المصلحة أو علم أنه لا يئزجر إلا به وجب ، لأنه زاجر مشروع لحقه تعالى كالحد ، وما علم أنه أتزجر بدونه لا يجب اه : فعلم أن قولهم إن العفو لله للإمام بمعنى تفويضه إلى رايه ، إن ظهر له المصلحة فيه أقامه ، وإن ظهر عدمها أو علم أن زجاره بدونه يتركه ، وبه تندفع المخالفة فافهم (قوله ولا يمين)

کمالو ادعی علیہ کہ قبل آئندہ مثلاً و مجوزاً لاثباتہ بمدح شہد بہ فیکون مدعیاً شامداً لودہ آخر . وما فی القیۃ وغیرہا لو کان المدعی علیہ ذامروءہ و کان أول مفاعل یوعظ استحقاقاً ولا یعز و ینب أن یکون فی حقوق اللہ : فإن حقوق العباد لیس للقاضی إسقاطها فتح . وما فی کراهیۃ الظہیریۃ : رجل یصلی و یضرب الناس بیده و لسانہ فلا بأس بإعلام السلطان بہ لیزجر ، یفید أنہ من باب الإخبار وأن إعلام القاضی بذلك ینب أن یعزیرہ نہر . قلت : وفيہ من الکفالة معزیاً للبحر وغیرہ : للقاضی تعزیر المتهم قاصداً نسبتہ الیہ فیقتضی التعزیر فی دعوی

عطف علی قولہ فلا عفو ، وهذا أخذہ فی النہر من قولہ فی الأول والیین فقال : وهو ظاهر فی أن ما کان منہ حق اللہ تعالی لا یخلف فیہ الخ (قولہ کما لو ادعی علیہ أنہ قبل آئندہ) ای آئندہ نفسہ والذی فی النہر أجنبية ، وهو المناسب لأنها لو كانت آئندہ المدعی فالظاهر أنہ یکون حق عبداً لہ بالحقہ بذلك عارشدید یحملہ علی العبرة بخارمہ کما لا ینب أن یبرأ أن براد آئندہ المقبل (قولہ و مجوزاً لاثباتہ الخ) عطف علی قولہ فلا عفو ، فهو من التفریع أیضا علی کونہ حق اللہ تعالی (قولہ لو معہ آخر) کذا فی الفتح ، وبأنی أنہ ینب فیہ إخبار عدل واحد ، وعلیہ فلو کان المدعی عدلاً ینب وحده (قولہ وغیرہا) کالحانیۃ والکافی (قولہ ذامروءہ) قال محمد رحمہ اللہ : والمرءۃ عندی فی الدین والصلاح کافی الفتح وغیرہ (قولہ فتح) أقول : اختصر عبارة الفتح اختصاراً مختلاً تبع فیہ النہر ، فإنه فی الفتح ذکر أولاً أن ما وجب من التعزیر حقاً اللہ تعالی لا یجوز للإمام ترکہ .

ثم استشكل علیہ ما فی الحانیۃ ، وهو ما نقلہ الشارح عن القیۃ فقال : إنه یجب أن یکون فی حقوق اللہ تعالی الخ ای وإذا کان كذلك ناقض قولہ أولاً إنه لا یجوز للإمام ترکہ . ثم أجاب عنہ بأن ما ذکر عن القیۃ والحانیۃ سواء حل علی أنہ من حقوق اللہ تعالی أو من حقوق العباد لا ینقض مامر ، لأنه إذا کان المدعی عبہ ذامروءہ فقد جعل تعزیرہ بالجر إلی باب القاضی والدعوی ، ویکون قولہ ولا یعزیر معناه لا یعزیر بالضرب فی أول مرة فإن عاد عزیرہ بالضرب أم ملخصاً . وبہ تعلم أن الشارح اقتصر علی حمل الاستشکال المخالف لقولہ أولاً فلا عفو فیہ وزک المقصود من الجواب فافهم .

أقول : و یظهر لی دفع المناقضۃ من وجہ آخر ، وهو أن ما وجب حقاً اللہ تعالی لا یجوز للإمام ترکہ إلا إذا علم ازجار الفاعل کامر . ولا ینب أن الفاعل إذا کان ذامروءہ فی الدین والصلاح یعلم من حالہ الانحرار من أول الأمر لأن ما وقع منہ لا یکون عادة إلا عن سہو وغفلة ، ولذا لم یعزرفی أول مرة مالم یعد ، بل یوعظ لیتذکر إن کان ساهیا ولیعلم إن کان جلاہلابدون جر إلی باب القاضی ، ویؤید هذا ما سید ذکرہ الشارح آخر الباب من بناء ما هنا علی استثناء ذوی المیثات من وجوب التعزیر (قولہ یفید أنہ من باب الإخبار) ای فلا یحتاج إلی لفظ الشہادۃ ولا إلی مجلس القضاء کما فی کفالة النہر ، فهذا یخالف مامر من اشتراط الشہادۃ .

قلت : لکن غایۃ ما أفادہ فرع الظہیریۃ أنہ لا یأثم من أعلم السلطان بہ ، وظاهر إطلاقہ أنہ لا یفرق بین کون السلطان عادلاً أو جائراً یخشى منہ قتله ، مأمراً أنہ ینب أن ینبأ قتل کل مؤذ : ای إذا لم ینزجر ولا ینب أنہ لیس فی هذا تعرض لثبوت تعزیرہ بمجرد الإخبار عند السلطان فضلاً عن ثبوته عند القاضی . علی أنہ ینب أن یراد بإعلام السلطان الشہادۃ علیہ عندہ تأمل :

مطلب فی تعزیر المتهم

(قولہ للقاضی تعزیر المتهم) ذکرُوا فی کتاب الکفالة أرا التہمة تثبت بشہادۃ مستورین أو واحد عدل ، فظاهرہ أنہ لو شہد عند الحاكم واحد مستور وفاقت بفساد شخص لیس للحاکم حبسہ ، بخلاف ، إذا کان عدلاً أو مستورین فإن لہ حبسہ بحر .

السرقۃ لافى دعوى الزنا وهذا عکس الحکم اھ منه وإن لم یثبت علیه ، وکل تعزیر لله تعالیٰ یکنی فیہ خبر العدل لآئنه فی حقوقه تعالیٰ یقضی فیہا بعلمه اتفاقا ، ویقبل فیہا الجرح المجرد کما مر ، وعلیه فایکتب من المحاضر فی حق إنسان یعمل به فی حقوق الله تعالیٰ . ومن أفنی بتعزیر الکاتب فقد أخطأ اھ ملخصاً .

وفی کفالة العینی عن الثانی : من یجمع الخمر ویشربه ویترك الصلاة أحیسه وأؤدبه ثم أخرجه ، ومن ینهم بالقتل والسرقۃ وضرب الناس أحیسه وأخلده فی السجن حتی یتوب ، لأن شر هذا علی الناس ، وشر الأول علی نفسه .

(شتم مسلم ذمیا هزر) لأنه ارتکب مصیة ، وتقیید مسائل الشتم بالمسلم اتفاق فتح : وفی القنیة : قال لیهودی أو مجوسی یا کافر یاثم إن شق علیه ، ومقتضاه أنه یعزیر لارتکابه الإثم بحر وأقره المصنف ، لکن نظر فیہ فی النهر

قلت : ومثله مالوکان المنهم مشهورا بالفساد فیکفی فیہ علم القاضی کما أفاده کلام الشارح . وفی رسالة دده أفندی فی السیاسة عن المحافظ ابن قیم الجوزیة الحنبلی : ما علمت أحدا من أئمة المسلمین یقول إن هذا المدعی علیه یمده الدعوی وما أشبهها یخلف ویرسل بلا حبس ، ولیس تخلیفه وإرساله مذهبا لأحد من الأئمة الأربعة ولا غیرهم ولو حللنا کل واحد منهم وأطلقناه مع العلم بأشهره بالفساد فی الأرض وكثرة سرقاته وقلنا لנأخذہ إلا بأشادی عادل کان مخالفا للسیاسة الشرعیة . ومن ظن أن الشرع تخلیفه وإرساله فقد غلط غلطا فاحشا ، لنصوص رسول الله صلی الله علیه وسلم ، ولإجماع الأئمة ، ولأجل هذا الغلط الفاحش تجرأ الولاة علی مخالفة الشرع وتوهوا أن السیاسة الشرعیة قاصرة عن سیاسة الخلق ومصلحة الأمة ، فتعدوا حدود الله تعالیٰ وخرجوا من الشرع لى أنواع من الظلم والبدع فی السیاسة علی وجه لا یجوز ، ونعاه فیہا . وفی هذا تصریح بأن ضرب المنهم بسرقة من السیاسة ، وبه صرح الزبلی أيضا کما سیأتی فی السرقۃ . وبه علم أن للقاضی فعل السیاسة ولا یختص بالإمام کما قدمناه فی حد الزنا مع تعریف السیاسة (قوله وإن لم یثبت) أى ماآثم به ، أما نفس التهمة : أى کونه من أهلها فلا بد من ثبوتها کما علمت (قوله یکنی فیہ خبر العدل) مخالف لما قدمه من أنه یموز إثباته بمذبح شهد به لومعه آخر ، وهو مصرخ به فی الفتح ، ولعله محمول علی عدم العدالة (قوله یقضی فیہا بعلمه اتفاقا) وأما مذاهب إلیه المتأخرون وهو المقتی به من أنه لا یقضی بعلمه فی زماننا فیجب حمله علی ماکان من حقوق العباد ، کذا فی کفالة الهر ، وفیه کلام کتیناه فی قضاء البحر حاصله أن ما ذکره غیر صحیح ، وسیأتی تمامه هنالك إن شاء الله تعالیٰ (قوله کما مر) الذى مرتقیه بما إذا بین سبیه کتقبیل أجنبیة وعناقها ، وقد فسر المجرد بما لم یبین سبیه ، فالمراد بالمجرد هنا ما لم یکن فی ضمن ما تصح به الدعوی ، وقد معنا الکلام فیہ فافهم (قوله وعلیه) أى علی ما ذکره من أنه من باب الإخبار ، وأنه یکنی فیہ خبر العدل (قوله من المحاضر) جمع محضر ، والمراد به هنا ما یرعرض علی السلطان ونحوه فی شکایة متول أوحاکم ویثبت فیہ خطوط أهیان البلدة وختمهم ، ویسمى فی عرفنا عرض محضر (قوله یعمل به الخ) قال فی کفالة النهر : وظاهره أن الإخبار کما یكون باللسان یكون بالبنان ، فإذا کتب إلی السلطان بذلك لیزجره جاز وکان له أن یعتمد علیه حیث کان معروفا بالعدالة (قوله فقد أخطأ) والفرع المتقدم : أى عن الظهوریة ینادی بخطئه نهر (قوله وفی کفالة العینی الخ) ذکره فی البحر فی هذا الباب ، ومثله فی الخانیة (قوله وأؤدبه) الظاهر أن المراد به الضرب ویمحتمل أنه عطف تفسیر ط (قوله والسرقۃ وضرب الناس) الظاهر أن الواو بمعنى أو لصديق التعلیل علی کل فرد بخصوصه ط (قوله حتی یتوب) المراد حتی تظهر أمارات توبته إذ لا وقوف لنا علی حقیقتها ، ولا یقدر بسنة أشهر إذ قد تحصل التوبة قبلها ، وقد لا تظهر بعدها ، کذا حققه الطرسوسی وأقره ابن الشحنة (قوله وتقیید مسائل الشتم) أى الواقع فی السکز والمداية ، وهذا ذکره فی البحر والنهر : والذى فی الفتح الاقتصار علی ما قبله

قلت : ولعل وجهه مامر فی یافاسق فتأمل .

(يعزر المولى عبده والزوج زوجته) ولو صغيرة لما سيجى (على تركها الزينة) الشرعية مع قدرتها عليها (و) تركها (غسل الجنابة ، و) على (الخروج من المنزل) لو بغير حق (وترك الإجابة إلى الفرائض) أو طاهرة من نحو حيض . ويلحق بذلك ما لو ضربت ولدها الصغير عند بكائه أو ضربت جاريته غيرة ولا تنعظ بوعظه ، أو شتمته ولو بنحو ياحار ، أو ادعت عليه ، أو مزقت ثيابه ، أو كلمته ليسمها أجنبي ، أو كشفت وجهها لغير محرم ، أو كلمته أو شتمته أو أعطت ما لم تجر العادة به بلا إذنه . والضابط كل معصية لاحدا . فيها فذروج والمولى

من المسألة وتعليقها ذكر ذلك آخر الباب (قوله ولعل وجهه مامر في يافاسق) أى من أنه الحق الشين بنفسه قبل قول القائل ، وأشار بقوله فتأمل إلى ضعف هذا الوجه ، فإنه وإن كان الحق بنفسه لكنا التزمنا بعقد الدمة معه أن لا تؤذيه ا هـ .

وقد يقال : إنه وصفه بما هو فيه ، فهو صادق كقوله للفاسق يافاسق مع أنه قد يشق عليه ، إلا أن يعرف بأن اليهودى مثلا لا يعتقد في نفسه أنه كافر فتأمل (قوله يعزر المولى عبده) قال في الفتح : وإذا أساء العبد الأدب حل لمولاه تأديبه ، وكذا الزوجة (قوله لما سيجى) أى من أن الصغير لا يجمع وجوب التعزير (قوله الشرعية الخ) احتراز عما لو أمرها بنحو أبس الرجال أو بالوشم ، وعما لو كانت لا تقدر عليها لمرض أو إحرام أو عدم منكها ، أو نحو ذلك (قوله وتركها غسل الجنابة) أى إن كانت مسلمة ، بخلاف الذمية لعدم خصاها به وبمعها من الخروج إلى الكتائب ط عن حاشية الشلبي (قوله وعلى الخروج من المنزل) أى بغير إذنه بعد إيهام المهر (قوله لو بغير حق) فلو بحق فلها الخروج بلا إذنه ، وتقدم بيانه في التفقات (قوله لو طاهرة الخ) أى وكانت خالية عن صوم فرض ط عن المفتاح (قوله ويلحق بذلك الخ) أشار إلى أن تعزير الزوج لزوجه ليس خاصا بالمسائل الأربعة المذكورة في المتن ، ولذا قال في الوولابجية : له ضربها على هذه الأربعة وما في معناها ، وهو صريح الضابط الآتي أيضا ، وكذا ما نقلناه آنفا عن الفتح من أن له تأديب العبد والزوجة على إساءة الأدب ، لكن على القول بأنه لا يضربها لترك الصلاة يخص الجواز بما لا تقتصر منفعة عليها كما يفيد به التعليل الآتي هناك (قوله ما لو ضربت ولدها الخ) هذه ذكرها في البحر بحثا أخذنا من مسألة ضرب الجارية وقال فإن ضرب الدابة إذا كان ممنوعا فهذا أولى (قوله غيرة) بفتح الغين المعجمة ط ، وهو منصوب على الحالية أو المصدرية أو التخييرية تأمل (قوله ولا تنعظ بوعظه) مفاده أنه لا يعزرها أول مرة ط (قوله أو شتمته الخ) سواء شتمها أولا على قول العامة بجر ، وثبوت التعزير للزوج بما ذكر إلى قوله والضابط غير مصرح به ، وإنما أخذه في البحر والنهر من قول البرازية وغيرها : لو قال لها إن ضربتك بلا جنابة فأمرتك بيدك فشتمته الخ فضربها لا يكون الأمر بيدها لأن ذلك كله جنابة . قال في النهر : وهو ظاهر في أنه له تعزيرها في هذه المواضع اهـ .

قلت : وفيه أنه إذا كان ذلك جنابة علق عليها الأمر لا يلزمه منه أن يكون موجبه التعزير ، إذ لو زنت أو سرقت فضربها لم يصر الأمر بيدها لكونه ضربا بجنابة مع أن هذه الجنابة لا توجب التعزير ، فالأولى الافتصاص على الضابط (قوله ولو بنحو ياحار) ينبغي على ظاهر الرواية عدم التعزير في إحار يا أبله : وعلى القول الثاني من أنه يعزر وإن كان المقول له من الأشراف ، وللا لا يتبين أن يفصل في الزوج ، إلا أن يفرق بين الزوجة وغيرها ، والموضع يحتاج إلى تدبر وتأمل نهر :

قلت : يظهر لي الفرق بينهما ، إذ لاشك أن هذا إساءة أدب منها في حق زوجها الذي هو لها كالسيد ، وقد مناهن الفتح أن له تعزيرها بإساءة الأدب تأمل (قوله أو كلمته أو شتمته) الضمير لغير المحرم (قوله والضابط الخ)

التعزير ، وليس منه ما لو طلبت نفقتها أو كسوتها وأخت لأن لصاحب الحق مالا بحر ، و (لا على ترك الصلاة) لأن المنفعة لا تعود عليه بل إلهاء ، كذا اعتمده المصنف تبعاً للدور على خلاف ما في الكنز والمائتي ، واستظهره في حنظله المجتبى : (والأب يعزر الابن عليه) وقد عدا أن للولي ضرب ابن سبيع على الصلاة ، ويلحق به الزوج نهر . وفي الفتية : له إكراه طعله على تعلم قرآن وأدب وعلم لفريضته على الوالدين ، وله ضرب البقيم فيما يضرب ولده . (الصغير لا يمنع وجوب التعزير) فيجوز بين الصبيان (و) هذا لو كان حق عبد ، أما (لو كان حق الله) تعالى بأن ربي أو سرق (منع) الصغير منه مجتبى (من حد أو عزز فهلكت قدمه هدر إلا امرأة عزرها زوجها)

عزاه في البحر إلى الدائع من فصل القسم بين النساء ، قال وهو شامل لما كان متعلقا بالزوج وبغيره اه أى سواء كان جناية على الزوج أو غيره (قوله ولا على ترك الصلاة) عطف على قوله وليس منه الخ لأنه في معنى لا يضربها على طلب نفقتها ط (قوله تبعاً للدور) وكذا ذكره في النهاية تبعاً لكافي الحاكم كما في البحر وفيه عن الفتية ولا يجوز ضرب أختها الصغيرة التي ليس لها ولي بترك الصلاة إذا بلغت عشرة (قوله واستظهره) أى ما في الكنز والمائتي من أن له ضربها على ترك الصلاة ، وبه قال كثير كما في البحر (قوله والأب يعزر الابن عليه) أى على ترك الصلاة . ومثلها الصوم كما صرحوا به : وتعليل الفتية الآتي يفيد أن الأم كالأب . والظاهر أن الوصي كذلك . وأن المراد بالابن الصغير بقربة ما بعده ، أما الكبير فكالأجنبي ، نعم قدم الشارح في الحضانة عن البحر أنه إذا لم يكن ما يؤمن على نفسه فله ضمه لدفع فتنة أو عار وتأديبه إذا وقع منه شيء .

[فرع] في فصول العلماي : إذا رأى منكراً من والديه يأمرهما مرة ، فإن قبلا فيها ، وإن كررها سكت عنهما واشتغل بالدعاء والاستغفار لما فإن الله تعالى يكفيه ما أمه من أمرها .

له أم أرملة تخرج إلى نية وإلى غيرها فخاف ابنها عليها الفساد ليس له منعها بل يرفع أمرها للحاكم لينتها أو يأمره بمعها (قوله ابن سبيع) تبع فيه النهر . والذي قدمه في كتاب الصلاة أمر ابن سبيع وضرب ابن عسرا ح وهكذا ذكره أمهستاقى عن الملتقط ، والمراد ضربه بيد لا بخشبة كما تقدم هناك (قوله ويلحق به الزوج) فله ضرب زوجته الصغيرة على الصلاة كالأب (قوله وفي الفتية الخ) وفيها عن الروضة : ولو أمر غيره بضرب عبده حل للماء وضربه ، بخلاف الحر . قال : فهذا تنصيص على عدم جواز ضرب ولد الأم بأمره ، بخلاف المعلم لأن المأمور بضربه نيابة عن الأب لمصلحة والمعلم يضربه بحكم الملك بتمليك أبيه لصاحبة الولد اه وهذا إذا لم يكن الضرب عاجزاً كما يأتي في المتن قريباً (قوله فيجوز بين الصبيان) أى يشرع في حقهم كما عبر الزيلعي ، وهل يضرب تعزيراً بمجرد عقله أو إذا بلغ عشرة كما في ضربه على الصلاة ؟ ألم أره ، نعم في البحر عن الفتية : مراחק شتم عالماً فعليه التعزير اه . والظاهر أن المراهقة غير قيد تأمل .

[تنبيه] في شهادات البحر : لم أر حكم الصبي إذا وجب التعزير عليه لتأديب فياغ . ونقل الفخر الرازي عن الشامية سقوطه لزجره بالبلوغ ، ومقتضى ما في البيضة من كتاب السير أن الذي إذا وجب التعزير عليه فأسلم لم يسقط عنه اه . قال الخيز الرمي : لاوجه لسقوطه خصوصاً إذا كان حق آدمي (قوله وهذا لو كان حق عبد الخ) بهذا وفق صاحب المجتبى بين قول السرخسي : إن الصغير لا يمنع وجوب التعزير . وقول الترجمان يمنع بحمل الأول على حق العبد ، والثاني على حقه تعالى ، كما إذا شرب الصبي أوزني أو سرق ، وأقره في البحر والنهر ، وتبعهم المصنف .

قلت . لكن يشكل عليه ضربه على ترك الصلاة ، بل ورد أنه تضرب الدابة على النفاذ لأعلى العثار فتأمل (قوله من حد أو عزز) أى من حده الإمام أو عززه كما في الهداية (قوله هدر) أى عندنا ومالك

بمثل مامر (فانت) لأن تأديبه مباح فيتعبد بشرط السلامة . قال المصنف : وبهذا ظهر أنه لا يجب على الزوج ضرر زوجته أصلاً .

(ادعت على زوجها ضرباً فاحشاً وثبت ذلك عليه عزراً ، كما لو ضرب المعلم الصبي ضرباً فاحشاً) فإنه يعززه ويضمنه لو مات شئني . وعن الثاني لو زاد القاضي على مائة فأت نصف الدية في بيت المال لقتله بفعل ، أذن فيه ، وغير مأذون فيتنصف زلمي .

[فروع] ارتدت لتفارق زوجها تجبر على الإسلام ، وتعزّر خمسة وسبعين سوطاً ، ولا تزوج غيره به بفعل منقطع .

وأحد خلافاً للشافعي ، لأن الإمام مأمور بالحد والتعزير ، وفعل المأمور لا يتعبد بشرط السلامة ، وتماه في الفتح والتبيين :

قلت : ومقتضى التعليل بالأمر أن ذلك غير خاص بالإمام . فقد مر أن لكل مسلم إقامة التعزير حال مباشرة المعصية لأنه مأمور بإزالة المنكر إلا أن يفرق بأنه يمكنه الرفع إلى الإمام فلم تتعبد الإقامة عليه ، بخلاف الإمام تأمل (قوله بمثل مامر) أي من الأشياء التي يباح له تحريرها فيها ط (قوله فيتعبد بشرط السلامة) أي كالمرور في الطريق ونحوه :

وأورد مالو جامع امرأته فانت أو أفضاها فإنه لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه مباح واجب بأنه يضمن المهر بذلك ، فلو وجبت الدية لوجب ضمانان بمضمون واحد نهر (قوله قال المصنف) أحذه من كلام شيخه في البحر (قوله وبهذا) أي التعليل المذكور (قوله ضرباً فاحشاً) قيد به لأنه ليس له أن يضربها في التأديب ضرباً فاحشاً ، وهو الذي يكسر العظم أو يخرق الجلد أو يسوده كما في التاريخانية . قال في البحر . وصرحوا بأنه إذا ضربها بغير حق وجب عليه التعزير اه أي وإن لم يكن فاحشاً (قوله ويضمنه لو مات) ظاهره تعقيد الضمان بما إذا كان الضرب فاحشاً ، وبخلافه إطلاق الضمان في الفتح وغيره حيث قال : وذكر الحكم لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ويضرب ابنه ، وكذا المعلم إذا أدب الصبي فانت منه يضمن عندنا والشافعي اه وقال في الدر المنثور : يضمن المعلم بضرب الصبي . وقال مالك وأحمد : لا يضمن الزوج ولا المعلم في التعزير ، ولا الأب في التأديب ، ولا الجلد ولا الوصي لو يضرب معتاد وإلا ضمنه بإجماع الفقهاء اه لكن سيأتي في الجنايات قبيل باب الشهادة في القتل تفصيل ، وهو الضمان في ضرب التأديب لا في ضرب التعليم لأنه واجب ، عالم يكن ضرباً غير معتاد فإنه موجب للضمان مطلقاً ، وسيأتي تمامه هناك (قوله وعن الثاني الخ) عبارة الزلمي هكذا : وروى عن أبي يوسف أن القاضي إذا لم يزد في التعزير على مائة لا يجب عليه الضمان إذا كان يرى ذلك لأنه قد ورد : أن أكثر ما حزروا به مائة ، فإن زاد على مائة فانت يجب نصف الدية على بيت المال لأن ما زاد على المائة غير مأذون فيه ، فحصل القتل بفعل مأذون فيه وبفعل غير مأذون فيه فيتنصف اه . فلم أن الكلام في القاضي الذي يرى ذلك اجتهاداً أو تقليداً ، وقدما أول الباب استدلالاً بآمنا بمحدث من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين ومقتضى ما قررناه هناك وجوب الضمان إذا تعدى بالزيادة مطلقاً ، وأن هذه الرواية غير معتمدة عند الكل فافهم (قوله وتعزّر خمسة وسبعين) جرى على ظاهر الرواية عن أبي يوسف ، وقدما ترجيح قولنا إنه لا يبلغ التعزير أربعين (قوله ولا تزوج غيره) بل تقدم أنها تجبر على تجديد النكاح بمهر يسير وهذه إحدى روايات ثلاث تقدمت في الطلاق . الثانية أنها لا تبين رداً لقصدتها السيء . الثالثة ما في النادر من أنه يتسلكها رقيقة إن كان مصراً ط .

اورحمل إلى مذهب الشافعي يعزور سراجية :
قذف بالتعريض يعزور حاوی .
زنى بامرأة ميتة يعزور اختيار .
ادعى على آخر أنه وطئ أمته وحملت فقصت ، فإن برهن فله قيمة التقصان .

مطلب فيما إذا ارتحل إلى غير مذهبه

(قوله ارتحل إلى مذهب الشافعي يعزور) أى إذا كان ارتحاله لالغرض محمود شرعا ، لمسا فى التارخانية :
حكى أن رجلا من أصحاب أبى حنيفة خطب إلى رجل من أصحاب الحديث ابنته فى عهد أبى بكر الجوزجاني فأبى إلا أن يترك مذهبه فيقرأ خلف الإمام ، ويرفع يديه عند الانحطاط ونحو ذلك فأجابته فزوجته ، فقال الشيخ بعد ما سئل عن هذه وأصرق رأسه النكاح جائز ولكن أخاف عليه أن يذهب لإيمانه وقت النزاع لأنه اسدخف بمذهبه الذى هو حق عنده وتركه لأجل جيفة مندة ، ولو أن رجلا برى من مذهبه باجتهاد وضح له كان محمودا مأجورا . أما انتقال غيره من غير دليل بل لما يرغب من عرض الدنيا وشهوتها فهو المذموم الآثم المستوجب للثأب والتعزير ، لارتكابه المنكر فى الدين واستخفافه بدينه ومذهبه اه ملخصا . وفيها عن الفتاوى النسفية :
الثابت على مذهب أبى حنيفة خير وأولى ، قال : وهذه الكلمة أقرب إلى الألفه اه :

وفى آخر التحرير لمحقق ابن الهمام : مسألة لا يرجع فيما قلده فيه أى عمل به اتفاقا ، وهى يقلده غيره فى غيره ؟
الخفان نعم لقطع بأسم كانوا يستثنون مرة واحدا ومرة غيره غير مانزين مفتيا واحدا فلو ألزم مذهبنا معينا كأبى حنيفة والشافعي ، فقبل بلزم ، وقبل لا ، وقبل مثل من لم يلزم . وهو الغالب على الظن لعدم ما يوجب شرعا اه ملخصا
قال شارحه المحقق ابن أمير حاج : بل الدليل الشرعى اقتضى العمل بقول المجتهد وتقليده فيه فيما احتاج إليه وهو -
ماسألوا أهل الذكر - والسؤال إنما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة ، فإذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عمله به وأما التزامه فلم يثبت من السمع اعتباره ملزما إنما ذلك فى النذر ، ولا فرق فى ذلك بين أن يلتزم بلفظه أو بقلبه :
على أن قول القائل مثلا قلدت فلانا فيما أنفى به تعليق التقليد والوعده به ذكره المصنف اه :

مطلب العامى لا مذهب له

قلت : وأيضا قالوا العامى لا مذهب له . بل مذهبه مذهب مفتيه ، وعمله فى شرح التحرير بأن المذهب إنما يكون لمن له نوع نظر واستدلال وبصر بالمذهب على حسب . أو لمن قرأ كتابا فى فروع ذلك المذهب وعرف فتاوى إمامه وأقواله . وأما غيره ممن قال أما حنفى أو شافعى لم يصركذلك بمجرد القول كقوله أنا فقيه أو نحوى اه وتقدم تمام ذلك فى المقدمة أول هذا الشرح ، وإنما أطننا فى ذلك لئلا يغتر بعض الجهلة بما يقع فى الكتب من إطلاق بعض العبارات المرومة خلاف المراد فيحملهم على تنقيص الأئمة المجتهدين ، فإن العلماء حاشاهم الله تعالى أن يريدوا الإزدهام بمذهب الشافعى أو غيره ، بل يطلقون تلك العبارات بالمنع من الانتقال خوفا من التلاعب بمذاهب المجتهدين ه نعمنا الله تعالى بهم ، وأمانا على جهنم آمين . يدل لذلك ما فى القنية وامزا لبعض كتب المذهب : ليس العامى أن يتحول من مذهب إلى مذهب ، ويسرى فيه الحنفى والشافعى اه . وسأيت إن شاء الله تعالى تمام ذلك فى فصل القول من الشهادات (قوله قذف بالتعريض) كان قال أنا لست بزان يعزور ، لأن الحد سبط للشبهة ، وقد ألقى الشين بالمخاطب لأن المعنى بل أنت زان فيعزور ، وظاهر التقيد بالقذف أنه لو شتم بالتعريض لا يعزور (قوله فله قيمة التقصان) أى له قدر منقص من قيمتها . ولم يذكر أنه يعد أولا لعلمه مما سرق بابه ، وتقدم قبيل باب الشهادة

وإن حلف خصمه فله تعزير المدعي مئة .

وفي الأشياء : خلع امرأة إنسان وأخرجها ويحبس حتى يتوب أو يموت لسميه في الأرض بالفساد ، من له دعوى على آخر فلم يجده فأمسك أهله للظلمة فحبسوه وغرموهم عزر .

يعزر على الورع البارد كتعزير نحو تمرة :

التعزير لا يسقط بالتوبة كالحد . قال : واستثنى الشافعي ذوى الهيئات

قلت : قد قدمناه لأصحابنا عن الفقيه وغيره . وزاد الباطلي في أجnasه ما لم يتكرر فيضرب التعزير ، وفي الحديث : « تجافوا عن عقوبة ذوى المروءة لأفى الحد » :

وفي شرح الجامع الصغير للمناوى الشافعي في حديث « انت الله ، لانتأى يوم القيامة بعير نخمه على رقبتك

على الزنا ما لوزى بأمة فقتلها أنه يجب الحد والقيمة بالقتل ، وفي إقصائها تفصيل طويل (قوله وإن حذف خصمه) أى عند عدم البرهان (قوله حتى يتوب أو يموت) عبارة غيره حتى يردّها . وفي الهندية وغيرها قال محمد أحبسه أبدا حتى يردّها أو يموت (قوله يعزر على الورع البارد الخ) قال في التارخالية : روى أن رجلا وجد تمرة ماقاة فأخذها وعزّتها مرارا ومراده إظهار ورعه وديانته ، فقال له عمر رضى الله تعالى عنه : كلها يا بارد الورع فإذ ورع ييغضه الله تعالى وضربه بالمرّة اه .

قلت : وبه علم أن المراد ما كان على وجه الرياء كما أعاده بقوله البارد فافهم ، فلو كان من أهل الورع فهو المدعى كما نقل أن امرأة سألت بعض الأئمة عن الغزل على ضوء العسس حين يمر على بيتها فقال من أنت فقلت : أنا بنت بشر الحالى ، فقال لها : لا تنفعي ، فإن الورع خرج من بيتكم (قوله التعزير لا يسقط بالتوبة) لما أراد أن إذا لمرة التعزير فأسلم لم يسقط عنه ، لكن هذا عقيد بما إذا كان حقا لعبد . أما ماوجب حقا لله تعالى فإنه يسقط كد . شهادات البحر حوى على الأشياء (قوله قلت قد قدمناه لأصحابنا الخ) تقدم ذلك عند قوله والشهادة على الشهادة ، وهذا جواب لقول الأشياء ولم أره لأصحابنا اه :

قلت : وفي كفاية كافى الحاكم الشهيد : وإذا كان المدعى عليه رجلا له مروءة وخطر استحسن أن لا أحبسه ولا أعزّه إذا كان ذلك أول مافعل . وذكر عن الحسن رضى الله تعالى عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « تجافوا عن عقوبة ذى المروءة إلا فى الحدود » اه وقال البيهقي : وفي الأجnas عن كفاية الأصل : لو ادعى قبل إنسان شقيقة فاحشة أو أنه ضربه عزرا أسواطا وإن كان المدعى عليه رجلا له مروءة وخطر استحسن أن لا يعزر إذا كان أول مافعل . وفي نوادر ابن رستم عن محمد وعظ حتى لا يعود إليه ، فإن عاد وتكرر منه ضرب التعزير : قلت لمحمد : والمروءة عندك فى الدين والصلاح ؟ قال نعم . وفي التارخالى : إن كان له خطر ومروءة فالتقياس أن يعزر . وفي الاستحسان لا إن كان أول مافعل ، فإن فعل أى مرة أخرى علم أنه لم يكن ذا مروءة ، والمروءة مروءة شرعية وعقلية رسمية اه ملخصا :

[تنبيه] قال ابن حجر فى الفتاوى الفقهية : جاء الحديث من طرق كثيرة من رواية جماعة من الصحابة بألفاظ مختلفة ، منها « أقبلوا ذوى الهيئات عزراهم إلا الحدود » وفسرهم الشافعي بأنهم الذين لا يعرفون بالشرف فيزل أحدهم الزلة فيترك . وقيل هم أصحاب الصفات دون الكبار . وقيل الذين إذا وقع منهم الذنب تابوا ، والأول أظهر وأمتن اه ملخصا :

قلت : وقول أئمتنا إذا كان أول مافعل يشير إلى التفسير الأول ، وكلنا ما مر من تفسير المروءة (قوله فى حديث انت الله لانتأى الخ) لفظ الجامع الصغير « انت الله يا أبا الوليد » وقوله لانتأى أصله لانتأى فحذف اللام كذا فى المناوى :

له رغاء ، أو بقرة لها خوار ، أو شاة لها نواج ، قال يؤخذ منه تجريس السارق ونحوه فليحفظ ، والله تعالى أعلم .

كتاب السرقة

(هي) لغة أخذ الشيء من الغير خفية ، وتسمية المسروق سرقة مجاز ، وشرعا باعتبار الحرمة أخذه كذلك بغير حق نصا باكان أم لا ، وباعتبار القطع (أخذ مكلف)

قلت : ومقتضاه أن تأتي منصوب بأن المضمورة بعد اللام المقدرة مع أن شرط إضمار أن عدم وجود لا بعدها مثل - لنعلم أي الحزبين - فلو وجدت امتنع الإضمار مثل - لئلا يعلم - إلا أن يقال سوغ ذلك عدم التصريح باللام التحليلية ، لكنه يتوقف على كون الرواية بالنصب وإلا فالأظهر أنه نقي بمعنى النهي مثل - فلا رفث ولا فسوق - أو نهى والياء للإشباع . وعلى كل فهو نهى عن المسبب ، والمراد النهى عن السبب مثل - ولا تقتلوا أنفسكم - لا يقتلنكم الشيطان - أي لا تفعّلوا سبب القتل والفقة ، وهنا المراد النهى عن منع زكاة المواشي أو السرقة التي هي سبب الإتيان بما ذكر . وعلى هذا التقرير يظهر في الحديث نكات لطيفة لا نغنى على التأمّل فافهم (قوله له رغاء الخ) الرغاء صوت الإبل ، كما أن الخوار صوت البقر . والنواج بالثاء المثناة المضمومة وبعدها همزة مفتوحة مدودة ثم جيم : سررت الغنم ط (قوله قال يؤخذ منه) عبارة المناوئ قال ابن المنير : أظن أن الحكماء أدخلوا بتجريس السارق ونحوه من هذا الحديث ونحوه اهـ ح . والتجريس بالتثنية : التسميع بهم قاموس . قلت : وهو معنى التشهير الذي ذكره عند في شاهد الزور .

وفي التاريخية قل أبو حنيفة في المشهور : يطاف به ويشهر ، ولا يضرب . وفي السراجية : وعليه الفتوى . وفي جامع العتاق التشهير أن يطاف به في البلد وينادي عليه في كل محلة إن هذا شاهد الزور فلا تشبهوه . وذكر الحصاف في كتابه أنه يشهر على قولها بغير الضرب . والذي روى عن عمر أنه يسخّم وجهه ، فتأويله عند السرخسي أنه يطابق السياسة إذا رأى المصلحة . وعند الشيخ الإمام أنه التفضيخ والتشهير فإنه يسمى سوادا اهـ ملخصا ، وسيأتي تمامه قبيل باب الرجوع عن الشهادة إن شاء الله تعالى ، والله سبحانه أعلم .

كتاب السرقة

عقب به الحدود لأنه منها مع الضمان قهستاني . قالت : وكأنهم ترجموا لها بالكتاب دون الباب لاشتغالها على بيان حكم الضمان الخارج عن الحدود فكانت غيرها من وجه ، فأفردت عنها بكتاب متضمن لأبواب تأمل . قال القهستاني : وهي نوعان ، لأنه إما أن يكون ضررها بذى المال أو به وبعامة المسلمين ، فالأول يسمى بالسرقة الصغرى والثاني بالكبرى ، بين حكمها في الآخر لأنها أقل وقوعا وقد اشتركا في التعريف وأكثر الشروط اهـ أي لأن المتعبر في كل منهما أخذ المال خفية ، لكن الخفية في الصغرى هي الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالمدود والمستعبر . وفي الكبرى عن عين الإمام الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم كما في الفتح ، والشروط تعلم بما يأتي (قوله هي لغة أخذ الشيء الخ) أفاد أنها مصدر وهي أحد خمسة . ففي القاموس : سرق منه الشيء يسرق أي من باب ضرب سرقا محركة وككتف وسرقة محركة أي ككلمة وكفرجة أي يضم فسكون وسرقا بالفتح أي مع السكون والاسم السرقة بالفتح وكفرجة ونكتف اهـ موضحا (قوله خفية) يضم الخاء وكسر هاء ط عن المصباح (قوله مجاز) أي من إطلاق المصدر وإرادة اسم المفعول كالحلق بمعنى الخلق (قوله وشرعا باعتبار الحرمة الخ) يعني أن لها في الشرع تعريفتين : تعريفا باعتبار كونها عمرة ، وتعريفا باعتبار ترتب حكم شرعي عليها وهو القطع ، ومورظيرة في الزنا (قوله أخذه كذلك) أي أخذ الشيء خفية (قوله أخذ مكلف) شمل الأخذ حكما ، وهو أن يدخل جماعة

ولو أنى أو عبداً أو كافراً أو مجنوناً حال إفاقة (ناطق بصير) فلا يقطع أخرم لاحتمال نطقه بشبهة ، ولا أعمى لجهله بمال غيره (عشرة دراهم) لم يقل مضروبة لما في المغرب : الدراهم اسم للمضروبة (جباد أو مقدارها) فلا قطع بنقرة وزنها عشرة لا تساوى عشرة مضروبة .

من النصوص منزل رجل وبأخذوا متاعه ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل ، فإن الكل يقطعون استحساناً وسبأً في بحر . وأخرج الصبي والمجنون لأن القطع عقوبة وهما ليسا من أهله ، لكنهما يضممان المال كما في البحر (قوله أو عبداً) فهو كالحرة هنا ، لأن القطع لا يقتضيه بخلاف الجلد (قوله أو كافراً) الأولى أو ذمياً لما في كافى الحاكم أن الحربى المستأن إذا سرق في دار الإسلام لم يقطع في قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف أقطعه (قوله أو مجنوناً حال إفاقة) الأولى أن يقول أو مجنوناً في غير حال أخذ ، لأن قوله ولو أنى النسخ تعميم للمكافى فيصير المعنى أخذ مكافى ولو كان ذلك المكلف مجنوناً في حال إفاقة ، ولا يفتى مافيه ، فإنه في حال الإفاقة عاقل لا يجنون إلا أن يعمل حال إفاقة ظرفاً لأخذ فكأنه قال أخذ مجنون في حال إفاقة فيصدق عليه أخذ مكلف ، وإنما ساء مجنوناً نظراً إلى حاله في غير وقت الأخذ فيرجع إلى ما قلنا تأمل .

والحاصل كما في البحر والظهر أنه إذا كان يجرى ويفيق ، فإن سرق في حال إفاقة قطع وإلا فلا . بقي لوحن بعد الأخذ هل يقطع أم تنتظر إفاقة ؟ قال السبد أبو السعود : ظاهر ما قدمه في الشهر من أنه يشترط لإقامة الحد كونه من أهل الاعتبار يقتضى اشتراط إفاقة ، إلا أن يفرق بين الجلد والقطع بأن الذى يحصل به الحد لا إفاقة فيه قبلها لزوال الألم قبل الإفاقة بخلاف القطع اهـ .

قلت : لكن في حد الشرب من البحر : إذا أقر السكران بالسرقة ولم يقطع أسكره أخذ منه المال ثم قرأ شهدوا عليه بالشرب وهو سكران قبلت ، وكذا بالزنا وهو سكران ، كما إذا زنى وهو سكران وكذا بالسرقة وهو سكران ، ومجد بعد الصحو ويقطع اهـ فهذا يفيد اشتراط صحوه إلا أن يفرق بين المجنون والسكران بأن السكران له عية بخلاف المجنون ، لكن الظاهر انتظار إفاقة لا ندواه الحد بالشبهة ، وهى هنا احتمال إيداع ما يسقطه إذا أفاق كما لا يقطع الأخرس لذلك تأمل (قوله ناطق بصير) زاد في البحر هنا قيداً آخر ، وهو كونه صاحب يد يسرى ورجل معنى صحيتين ، وسبأً في فصل القطع (قوله لجهله بمال غيره) يعنى أن مقتضى حاله ذلك (قوله عشرة دراهم) لما رواه أبو حنيفة مرفوعاً : لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم ، ورجح هذه على رواية ربع دينار ورواية ثلاثة دراهم لأن الأخذ بالأكثر أحوط احتياطاً للدفع كما بسطه في الفتح ، وأطلق الدراهم فاحصرت إلى الممودة ، وهو أن تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل كما في الزكاة بحر ، ومثله في الهداية وغيره : وبعت فيه الكال بأن الدراهم كانت في زمنه صلى الله عليه وسلم مختلفة : صنف عشرة وزن خمسة ، وصنف وزن ستة ، وصنف وزن عشرة ، فمقتضى ترجيحهم الأكثر فيها مـ ترجيحه هنا أيضاً ، وتماهه في الشرع بلالية (قوله ولم يقل مضروبة) أى مع أن ذلك شرط للقطع في ظاهر الرواية (قوله جباد) فلو سرق زيوفاً أو نهرجة أو سوقة فلا قطع إلا أن تكون كثيرة قيمتها تعاقب من الجباد بحر (قوله أو مقدارها) أى قيمة ، فلو سرق نصف دينار قيمته التعاقب قطع عندنا بحر وهو عطف على عشر اهـ (قوله فلا قطع بنقرة) هى القطعة المذابة من الذهب والفضة قاموس والمراد الثانى ط وهذا محذور كون العشرة مضروبة ، ومثله ما سرق أقل من وزن عشرة فضة تساوى عشرة مسكوكة لا يقطع لأنه مخالف للنص في محل النص ، وهو أن يسرق فضة وزن عشرة كذا في الفتح ، فأذا أن الفضة غير المسكوكة يعتبر فيها الوزن والقيمة : أى كون وزنها عشرة تساوى عشرة مسكوكة ، فلا قطع لو نقص الوزن عن عشرة

ولابدینار قیمته دون عشرة. وتعتبر القيمة وقت السرقة ووقت القطع ومكانه بتقویم عدلین لما معرفة بالقيمة ، ولا قطع عند اختلاف المومنین ظهیریة (مقصودة) بالأخذ ، فلا قطع بثوب قیمته دون عشرة وقیه دینار أو دراهم مصرورة إلا إذا كان وعاء لما عادة تجنیس (ظاهرة الإخراج) فلو ابتلع دینارا فی الحرز وخرج لم یقطع ، ولا ینتظر تغوطه بل یضمن مثله لأنه استهلكه وهو سبب الضیان للحال (خفیة) ابتداء وانتهاء لو الأخذ نهارا ، ومنه ما بین العشامین ، وابتداء فقط لو لیلًا ، وهل العبرة لزعم السارق أو لزعم أحدهما ؟ خلاف (من صاحب ید صحیحة) فلا یقطع السارق من السارق فتح (مما لا یتسارع إلیه الفساد) کلحم وفواکه مجتبی ، ولا بد من كون المسروق متقوما مطلقا ، فلا قطع بسرقة خر مسلم مسلما كان السارق أو ذمیا ، وكذا الذی إذا سرق من ذی خرا أو خنزیرا أو مویة لا یقطع لعدم تقومها عندنا ذكره الباقری (فی دار العدل) فلا یقطع بسرقة دار حرب أو بغی بدائع

وإن بلغ قيمة المسكوكة كسألتنا هذه ، ولا فی عكسه كسأنة النقرة (قوله ولا بدینار) محترز قوله أو قیمتها. وأفاد به أن غیر الدراهم یقوم بها وإن كان ذهبًا كما فی الفتح (قوله وقت السرقة ووقت القطع) فلو كانت قیمته بوم السرقة عشرة فأنقص وقت القطع لم یقطع إلا إذا كان النقص لعیب حدث أو لفوات بعض العین كما فی الفتح والنهر (قوله ومكانه) فلو سرق فی بلد ما قیمته فیما عشرة فأخذ فی أخرى وقیمته فیها أقل لا یقطع فتح (قوله بتقویم عدلین) حال من قوله أو مقدارها (قوله عند اختلاف المومنین) أى بأن قومه عدلان بنصاب وعدلان آخران بأهل منه . وأما لو اختلفوا بعد اتفاقهم على النصاب فإنه لا یضر كما هو ظاهر (قوله إلا إذا كان وعاء لما عادة) لأن القصد فی بقع على سرقة الدراهم ، ألا ترى أنه لو سرق كبسا فی دراهم كثيرة یقطع وإن كان الكبس يساوی درهما یجر : وفهم منه أنه لو علم بما فی الثوب یقطع كما صرح به فی المبسوط لأن المتعبر بظهور قصد نصاب ، وكون المسروق كبسا فی دالة القصد ، ولا یقبل قوله لم أقصد لم أعلم كما فی الفتح ، فأقراره بالعلم بما فی الثوب فی دالة القصد بالأولی (قوله ولا ینتظر) أى إذا طلب المالك تضمینة فله ذلك فی الحال لوجود سببه لأنه یقدر على تسلیمه لحال فصار مستهلكا (قوله خفیة) خرج به الأخذ مغالبة أو نهبا ، فلا قطع به لو كان فی المصر نهارا وإن دخل خفیة استحسانا نهر (قوله وابتداء فقط لو لیلًا) حتى لو دخل البیت لیلًا خفیة ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة من فی یده قطع بحر (قوله وهل العبرة) أى فی الخفیة لزعم السارق أن رب الدار لم یعلم به أم لزعم أحدهما ، وإن كان رب الدار فی خلاف : ویظهر ذلك فیما لو ظن السارق أن رب الدار علم به مع أنه لم یعلم ، فالخفیة هنا فی زعم رب الدار لا فی زعم السارق . ففی الزیلعی : لا یقطع لأنه جهر فی زعمه . وفى الخلاصة واخیط والسنخیرة : یقطع اكتفاء بكونها خفیة فی زعم أحدهما ، أما لو زعم اللص أنه لم یعلم به مع أنه عالم یقطع اكتفاء بزعم الخفیة ، وكذا لو لم یعلم اتفاقا . وأما لو علما فلا قطع بالمسألة رباعیة كما أفاده فی البحر (قوله من صاحب ید صحیحة) حتى لو سرق عشرة ودیعة عند رجل ولو لعشرة ورجال یقطع فتح (قوله فلا یقطع السارق من السارق) هكذا أطلقه الكرخی والطحاوی ، لأن یده لیست ید أمانة ولا ملك فكان طائعا قلنا نعم ، لكن یده ید غضب والسارق منه یقطع . والحق ما فی نوادر هشام عن محمد : إن قطعت الأولى لم أقطع الثانی وإن درأت عنه الحد قطعت ، ومثله فی أمالی أبی یوسف كذا فی الفتح نهر. وعلى هذا التفصیل مشی المصنف فی الباب الآتی : [نهیة] فی کافی الحاكم : ولا یقطع السارق من مال الخری المستأمن (قوله مما لا یتسارع إلیه الفساد) سیاقی هذا فی المتن مع أشياء أخر لا یقطع بها ، فإذا كان مراده استیفاء الشروط كان علیه ذكر الباقری تأمل (قوله متقوما مطلقا) أى عند أهل كل دین ط (قوله فلا قطع بسرقة خر مسلم) هذه العبارة مع التطویل لاتشمل سرقة المسلم خر الذی ، ولو قال فلا قطع بسرقة خر لكان أنصر وأجل إجماع (قوله بدائع) تمام عبارتها على ما فی البحر :

(من حرز) بمره واحدة انحد مالکھ أم تعدد (لاشبهة ولا تأویل فيه) وثبت ذلك عند الإمام كما سينضح (فيقطع إن أقر بها مرة) وإليه رجع الثاني (طائفا) فأقراره بها مكرها باطل . ومن المتأخرين من أفتى بصحته

فلو سرق بعض تجار المسلمين من البعض في دار الحرب ثم خرجوا إلى دار الإسلام فأخذ السارق لابقطعه الإمام اه : قلت : وظاهره أن الحكم كذلك لو سرق في دار البغي ثم خرجوا إلى دار العدل تأمل . ولم يذكر سرقة أهل العدل من أهل البغي وعكسه .

وفي كافي الحاكم : رجل من أهل العدل أغار على عسكر البغي ليلا فسرق من رجل منهم مالا فجاء به إلى إمام العدل لابقطعه لأن لأهل العدل أخذ أموالهم على وجه السرقة ويمسكه إلى أن يتوبوا ويموتوا ، وفي العكس لو أخذ بعد ذلك فأتى به إمام أهل العدل لم يقطعه أيضا لأنه محارب يستحل هذا اه . (قوله من حرز) هو على قسمين : حرز بنفسه ، وهو كل بقعة معدة للإحراز ممنوع من الدخول فيها إلا بإذن كالدور والحواسيت والبنم والخزائن والصناديق . أو بغيره ، وهو كل مكان غير معد للإحراز وفيه حافظ كالمساجد والطرقات والصحراء . وفي القنية : لو سرق المدفون في مقبرة يقطع بغيره .

قلت : وجزم المقدسي بضعف ما في القنية كما نذكره في النباش (قوله بمره واحدة) فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لم يقطع زبلي وغيره :

قلت : وهذا لو أخرجه إلى خارج الدار لما في الجوهرة : ولو دخل دارا فسرق من بيت بها درهما فأخرجه إلى محضته ثم عاد فسرق درهما آخر وهكذا حتى سرق عشرة فهذه سرقة واحدة ، فإذا أخرج العشرة من الدار قطع ، وإن خرج في كل مرة من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرات لم يقطع لأنها سرقات أم ومثله في التارخانية ، لكن ذكر في الجوهرة أيضا : لو أخرج نصابا من حرز مرتين فصاعدا ، إن تمخل بهما اطلاع المالك فأصلح النقب أو أغلق الباب ، فالإخراج الثاني سرقة أخرى فلا يجب انقطع إذا كان المخرج في كل دفعة دون النصاب ، وإن لم يتمخل ذلك قطع اه ومثله في النهر عن السراج قبيل فصل القطع ، فقوله وإن لم يتمخل ذات قطع يقتضي أنه لو أخرج بعض النصاب إلى خارج الدار ثم عاد قبل اطلاع المالك وإصلاحه النقب أو إغلاقه الباب أنه يقطع ، وهو خلاف ما أطلقه هو وغيره من عدم القطع كما عامت ، لأنه لم يصدق عليه أنه في كل مرة أخرج نصابا من حرز بل بعض نصاب ، نعم اطلاع المالك له اعتبار في مسألة أخرى ذكرها في الجوهرة أيضا ، وهي لو نقب البيت ثم خرج ولم يأخذ شيئا إلا في الليلة الثانية ، إن كان ظاهرا وعلم به رب المنزل ولم يسده لم يقطع وإلا قطع اه . ووجهه ظاهر ، وهو أنه لو علم به ولم يسده لم يبق حرزا وإلا بقي حرزا ، إذ لو لم يبق حرزا لزم أن لا تنحقق سرقة بعد هتك الحرز (قوله انحد مالکھ أم تعدد) فلو سرق واحد من جماعة قطع ، ولو سرق اثنان نصابا من واحد فلا قطع عليهما فالعبرة بالنصاب في حق السارق لا المسروق منه بشرط أن يكون الحرز واحدا ، فلو سرق نصابا من منزلين فلا قطع والبيوت من دار واحدة بمنزلة بيت واحد ، حتى لو سرق من عشرة أنفس في دار كل واحد في بيت على حدة من كل واحد منهم درهما قطع ، بخلاف ما إذا كانت الدار عظيمة فيها حجر كما في البدائع بحر ، ومثاني مسألة الحجر (قوله لاشبهة ولا تأویل فيه) أخرج بالأول السرقة من دار أبيه ونحوه وبالتا سرقه مصحف لتأويل أخذه القراءة أفاده ط (قوله وثبت ذلك الخ) لا يصح كون ذلك جزءا من التعريف بل هو شرط للقطع كما أفاده بقوله فيقطع إن أقر مرة أو شهد رجلان الخ تأمل (قوله وإليه رجع الثاني) أي أبو يوسف ، وكان أولا يقول لا يقطع إلا إذا أقر مرتين في مجلسين مختلفين كما في الزبلي (قوله ومن المتأخرين من أفتى بصحته) مقتضى صنيعه أن ذلك صحيح في حق القطع ، ولا يخفى ما فيه لأن القطع حد يسقط بالاشبهة والإنكار

ظہیریہ . زاد الفہستانی معزیا لخزانة المفتين : ويحل ضربه ليقر ، وسنحققه (أو شهد رجلان) ولو عبدا شرط حضرة مولاه ، ولا تقبل على إقراره ولو بحضرته (وسألها الإمام كيف هي وأين هي وكم هي ؟) زاد في الدرر : وما هي ومتى هي (ومن سرق وبينها) احتيالا للدرء ، وبحسبه حتى يسأل عن الشهود لعدم الكفالة في الحدود ، ويسأل المقر عن الكمال إلا الزمان . وما في الفتح إلا المكان تحريف نهر .

(وصح وجوبه عن إقراره بها) وإن ضمن المال ، وكذا لو رجع أحدهم أو قال هو إلى أو شهدا على إقراره بها وهو يجهل أو يسكت فلا قطع شرح وهبانية .

(وإن أقر بها ثم هرب ، فإن في فوره لا يتبع بخلاف الشهادة) كذا نقله المصنف عن الظهيرية ونقله شارح الوهبانية بلا قيد الفورية .

أعظم شبهة مع أنه سيأتي أنه لا قطع بتكول عن البين ، وأنه لو أقر ثم هرب لا يتبع ، فيتعين حل ما ذكره على صحته في حق الضمان (قوله أو شهد رجلان) فلا يقبل رجل وامرأتان للقطع بل للمال ، وكذا الشهادة على الشهادة كما في كافي الحاكم (قوله ولو عبدا) تعميم للضمير في عليه المقدر بعد قوله أو شهد رجلان ، وسيأتي الكلام على سرقة العد في الباب الآتي (قوله وسألها الإمام كيف هي) يعلم أنه أخرج من الخرز أو ناول من هو خارج وأين هي يعلم أنها ليست في دار الحرب ؟ كم هي يعلم أنها نعماب أم لا ؟ (قوله زاد في الدرر) نقله في البحر أيضا عن الهداية وقال : السؤال عن الماهية لإطلاقها على استراق السمع والنقص من أركان الصلاة ، وعن الزمان لاحتمال التقادم . زاد في الكافي أنه يسألها عن المسروق ، إذ سرقة كل مال لا توجب القطع (قوله ومن سرق) يعلم أنه ذو رحم محرّم منه أم لا (قوله وبينها) أي المذكورات ، وهو عطف على قوله وسألها (قوله احتيالا) علة للسؤال (قوله وبحسبه حتى يسأل عن الشهود) أي عن عدالتهم . قال في الشربلية : يشير إلى ما قاله الكمال أن القاضي أو عرف الشهود بالعدالة لقطعاه وعلمه على القول بأن القاضي يقضى بعلمه وهو خلاف المختار الآن اهـ وهذا اشتباه ، فإن قضاءه بالقطع بالبيعة لا بعلمه ، وعلمه بعدالة الشهود المتوقف عليها القضاء بالقطع ليس قضاء بهموى .

قلت : على أنه مر في الباب السابق أن في حقوقه تعالى يقضى القاضي بعلمه اتفاقا ، وقد صرح في البحر عن الكشف بأن وجوب القطع حق الله تعالى على الخلوص (قوله لعدم الكفالة في الحدود) لأنه إذا جاء أخذ الكفيل بالنفس لا يجبس (قوله إلا الزمان) لأن تقادم العهد لا يمنع صحة الإقرار بها نوح عن المبسوط والمحيط . واعترضه الحموى بأنه يجوز أن تكون السرقة في صباه فلا يحد .

قلت : لكن قال في حاوي الزاهدي : لو ثبت السرقة بالإقرار لا يلزم السؤال عن زمانها حتى قال في [أسنع] لو قال سرقت في زمان الصبا يقطع ولا يلتفت إلى قوله اهـ ولفظ أسنع رمز لكتاب الأسرار (قوله إلا المكان) المناسب وإلا المكان بالعطف لأنه في الفتح استثنى الزمان والمكان (قوله تحريف) أي لجواز أن يكون في دار الحرب ، والمراد أن ذكر المكان في عبارة الفتح غير صحيح (قوله وكذا لو رجع أحدهم) أي أحد السارقين المقرين (قوله أو قال) أي أحد السارقين (قوله أو شهدا على إقراره) أي إقرار السارق (قوله فلا قطع) أي في المسائل الثلاث ، أما في الأوليين فلا لأنه إذا سقط عن البعض لشبهة سقط عن الباقيين كما في الكافي ، والرجوع ودعوى الملك شبهة . وأما في الثالثة فلا لأن جحد الإقرار بمنزلة الرجوع ، وهو لو أقر صريحا يصح رجوعه ، فكذا لو شهدا على إقراره ، والسكوت في باب الشهادة جعل إنكارا حكما كما ذكره المصنف (قوله ونقله شارح الوهبانية الخ) حاصله ما نقله عن المبسوط أنه لو أقر ثم هرب لم يقطع ولو في فوره لأن الحرب دليل الرجوع ولو رجع

(ولا قطع بنكول وإقرار موئى على عبده بها وإن لزم المال) لإقراره على نفسه (و) السارق (لا يبقى بعقوبته) لأنه جور مجنيس ، وعزاه القهستانی للواقعات معللاً بأنه خلاف الشرع ، ومثله فى السراجية . ونقل عن التحنيس عن عصام أنه سئل عن سارق ينكر ؟ فقال عليه العین ، فقال الأمير سارق وعین ؟ هاتوا بالسوط ، فما ضربه عشرة حتى أقر فأق بالسرقة فقال : سبحان الله ما رأيت جوراً أشبه بالعدل من هذا . وفى إكراه البزازية : من المشايخ من أفنى بصحة إقراره بها مكراً . وعن الحسن : يحل ضربه حتى يقر ما لم يظهر العظم . ونقل المصنف عن ابن العز الحنفى : صحّ أنه عليه الصلاة والسلام أمر الزبير بن العوام بتعذيب بعض المعاهدین حين كنتم كنز جی ابن أخطب ففعل فدخل على المال ، قال وهو الذى يسع الناس ، وعليه العمل ، وإلا فالشهادة على السرقات ألد

لا يقطع ، فكنا إذا هرب بل يضمن المال : وأما لو هرب بعد الشهادة ولو قبل الحكم ، فإن أخذ فى فوره قطع وإلا لا ، فإن حد السرقة لا يقام بالبينة بعد انتقام ، والعارض فى الحدود بعد القضاء قبل الاستيقاء كالعارض قبل القضاء . وبه ظهر أن قول المصنف تبعاً للظهرية ، فإن فوره لا يقطع صوابه ولو فى فوره ليعلم أنه بعد انتقام لا يقطع أيضاً . وأجيب بأنه قيد بالفورية ليصح قوله بخلاف الشهادة لأنه بعد انتقام لا يوجب الإقرار الشهادة فى عدم القطع . على أنه إذا كان لا يقطع بالحرب فى فور الإقرار لا يقطع بعد انتقام فيه بالأولى كإفاده . لكن لا يفتى ما فى العبارة من الإيham ، والعبارة المحررة عبارة كافى الحاكم ، وهى : وإذا أقر بالسرقة ثم هرب لم يطلب وإن كان ذلك بشهود طلب مادام فى فور ذلك (قوله ولا قطع بنكول) أى نكول السارق عن خلاف عند القاضى (قوله لإقراره على نفسه) علة للزوم المال فى المسألين لأن النكول لإقرار معي ، وإقرار السيد على عبد يوجب توجه المطالبة على نفسه أفاده ط (قوله ونقل) أى فى القهستانی ومثله فى الذخيرة ، وهو تأييد لما قبله حيث سماه جوراً شبيهاً بالعدل .

مطلب ترجمة عصام بن يوسف

(قوله عن عصام) هو عصام بن يوسف من أصحاب أبى يوسف ومحمد ، وهن أقران محمد بن سباعة وابن رستم وأبى حفص البخارى (قوله أنه سئل) أى سأله جبان بن جبلة أمير بلخ رضى (قوله سارق وعین) تعجب من طلب العین منه فإنه لا يبايى لإقدامه على ما هو أشد جناية لكن الشرع لم يعتبر هذا (قوله فقال) أى عصام (قوله ما رأيت جوراً النخ) سماه جوراً باعتبار الصورة وإلا فهو حدل حيث توصل به إلى إظهار الحق ، وتقدم أن للقاضى تعزيز المتهم وقدمنا بيانه (قوله بصحة إقراره بها مكراً) أى فى حق الضمان لاقى حق القطع كما قدمناه (قوله وعن الحسن) هو ابن زياد من أصحاب الإمام (قوله يحل ضربه النخ) لم يصرح الحسن به بل هو مفهوم كلامه .

مطلب فى جواز ضرب السارق حتى يقر

قال فى البحر : وسأل الحسن بن زياد : أعمل ضرب السارق حتى يقر ؟ قال : ما لم يقطع اللحم لا يثبت العظم ولم يزد على هذا كلام البحر ، وهو ضرب مثل : أى ما لم يعاقب لا تظهر السرقة ، ففى عبارة الشارح سقط من الكتاب أو من قلمه بدليل أنه فى شرحه على الملتقى ذكر عبارة الحسن على وجهه فلم يكن ما هنا تصرفاً منه بسوء فهمه إذ لم نعهد هذا الشارح الفاضل وصل فى البلاده إلى ما زعمه من هو مولى بالاعتراض عليه فافهم (قوله عن ابن العز) أى فى كتابه التنبيه على مشكلات الهداية ، حيث قال : الذى عليه جمهور الفقهاء فى المتهم بسرقة ونحوها أن ينظر ، فلما أن يكون معروفاً بالمر لم تجز مطالبته ولا عقوبته ، وهل يحلف ؟ قولان . ومنهم من قال

الأمور . ثم نقل عن الزیلعی فی آخر باب قطع الطريق جواز ذلك سياسة ، وأقره المصنف تبعاً للبحر وابن السکال : زاذی النهر : وبغی التعویل علیه فی زماننا لغلبة الفساد ، ویحمل ما فی التجنیس علی زمانهم ، ثم نقل المصنف قبله عن القتیبة : لو كسر سنه ویده ضمن الشاكی أرشہ كالمال ، لا لو حصل ذلك بتسورہ الجدار أو مات بالضرب لدوره .

وعن الذخيرة : لو صعد السطح لغير خوف التعذيب فسقط فوات ثم ظهرت السرقة علی يد آخر كان للورثة أخذ الشاكی بدية أبيهم وبما غرمه للسلطان لتعديده فی هذا التسبیب ، وسيجيء فی الغصب .

بحر متهمة ، وإما أن يكون مجهول الحال فيحبس حتى يكشف أمره ، قبل شهراً ، وقبل باجتهاد ولي الأمر . وإن كان معروفاً بالهجر ، فقالت طائفة بضربه الوالی أو القاضي . وقالت طائفة بضربه الوالی دون القاضي . ومنهم من قال لا يضربه ، وقد ثبت فی الصحيح « أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الزبير بن العوام أن يمس بعض المعاهدین بالعذاب لما كنتم إخباره بالمال الذي كان صلى الله عليه وسلم قد عاهدكم علیه ، وقال له أين كنز جي ان أخطب » فقال : يا محمد أغلظت النفقات والحروب ، فقال : المال كثير والمسألة أقرب ، وقال للزبير : دونك هذا عسره الزبير بشيء من العذاب فقدم علی المال ، وهو الذي يسع الناس وعليه العمل الخ ، وتماه فی المنع (قوله ثم نقل) أي المصنف ، وقوله جواز ذلك : أي جواز ضرب منهم حيث قال نقلاً عن الزیلعی .

ومنها : أي ومن لسياسة ما حكى عن الفقيه أبي بكر الأعمش أن المدهي عليه إذا أنكر فلا إمام أن يعمل فيه بأكثر رأي ، فإن غلب علی ظنه أنه سارق وأن المروق عنده عاقبه ويمجوز ذلك ، كما لو رآه الإمام مع الفساد فی مجلس الشرب ، وكما لو رآه يمشي مع السراق ، وبغلبة الظن أجازوا قتل النفس ، كما إذا دخل علیه رجل شاهراً سيفه وغلب علی ظنه أنه يقتله اه (قوله لغلبة الفساد) تمام عبارة النهر : وكيف يؤتى للسارق ليلاً بالبيئة بل ولا فی النهار اه يعنى لا يتوقف جواز ضربه علی إقامة البيئة حيث كان من أهل التهمة ، وتقدم فی التعزير أن للقاضي تعزير المتهم ، وقدمنا هناك عن ابن القيم حكاية الإجماع علی ذلك ، وقد سمعت آتفا تصريح الزیلعی بأن هذا من السياسة ، وبه يعلم أن للقاضي فعل السياسة (قوله ويحمل ما فی التجنیس) وهو ما قدمه المصنف من أنه لا يفتى بقوة السارق (قوله لو كسر سنه) يضم أوله مبنياً للمجهول ، وأصل العبارة : لو شكك الوالی بغير حق فأتى بقائد فضرب المشكو علیه فكسر سنه أو يده الخ (قوله كالمال) أي كما يضمّن لو غرمه الوالی مالا (قوله لا لو حصل) أي لا يضمّن الأرض لو حبسه الوالی فهرب وتسور جدار السجن فحصل ما ذكر من كسر سنه أو يده أو مات بضرب القائد (قوله كان للورثة أخذ الشاكی بدية أبيهم) الظاهر أنه لا ينافي ما مر عن القتیبة لتعليقه بظهور تعديده هنا : أي حيث ظهرت السرقة علی يد آخر ، بخلاف ما مر تأمل (قوله لتعديده فی هذا التسبیب) قال فی الذخيرة بعد عزوه المسألة لمجموع النوازل : قيل هذا الجواب مستقيم فی حق الغرامة أصله السعاية غير مستقيم فی حق الدية لأنه عند السطح باختياره ، وقيل هو مستقيم فی الدية أيضاً لأنه مكره علی الصعود للفراغ من حيث المعنى اه وقوله أصله السعاية ، أي أن الأصل فی ذلك تضمينهم الساعي إذا كان بغير حق (قوله وسيجيء فی الغصب) حيث قال مثلاً وشرحاً : لو سعى إلى سلطان بمن يؤذيه والحال أنه لا يدفع بل يدفع إلى السلطان وسعى بمن يباشر الفسق ولا يمتنع بنهيه أو قال لسلطان قد يفرم وقد لا يفرم أنه قد وجد كنزاً فغرمه السلطان شيئاً لا يضمّن فی هذه المذكورات ، ولو غرم السلطان البتة بمثل هذه السعاية ضمن ، وكذا يضمّن لو سعى بغير حق عند محمد زجره له : أي للساعي ، وبه يفتى وعز ، ولو الساعي عبداً طوب بعد عتقه ، ولو مات الساعي

(قضى بالقطع بينة أو إقرار فقال المسروق منه هذا متاعه لم يسرقه مني) وإنما كنت أودعته (أو قال شهد شهودي بزور أو أقر هو بباطل وما أشبه ذلك فلا قطع) وتنبذ تلقينه كي لا يفر بالسرقة (كما) لا قطع (لو شهد كافران على كافر ومسلم بها في حقهما) أي الكافر والمسلم ظهيري :
(تشارك جمع وأصاب كلا قدر نصاب قطعوا وإن أخذ المال بعضهم) استحسانا سدا لباب الفساد. ولو فيهم صغير أو مجنون أو معتوه أو محرم لم يقطع أحد .
(وشرط للقطع حضور شاهديها وقته) وقت القطع (كحضور المدعى) بنفسه (حتى لو عابا أو ماتا لا قطع) وهذا في كل حد سوى رجم وقود بحر .

فالمسعى به أن يأخذ قدر الخسران من تركته هو الصحيح جواهر الفتاوى . ونقل المصنف أنه لو مات المشكو عليه بسقوطه من سطح نخوفه غرم الشاكي دينه ، لا لو مات بالضرب لندوره ، وقد مر في باب السرقة .
قلت : أنت خير بأن مذكوره في باب السرقة مخالف لما عزاه إليها .

مطلب في ضمان الساعي

ثم حاصل مذكوره من ضمان الساعي أنه لو سعى بحق لا يضمن ولو بلا حق . فإن كان السلطان يغرّم بمثل هذه السعاية البتة يضمن ، وإن كان قد يغرّم وقد لا يغرّم لا يضمن . والعنقوى على قول محمد من ضمان الساعي عبر حق مطلقا ويبرز ، بل قد منّا لإباحة قتله ، بل أفق بعض مشايخ المذهب بكفره (قوله لم يسرقه مني) استحسن عطفه بأو لأنه مسألة ثانية . ففي كافى الحاكم : أو قال لم يسرقه مني وإنما كنت أودعته (قوله فلا قطع) أما لو خاف عفت عنه لم يبطل القطع كافى الحاكم : أي لأن القطع محض حقه تعالى فلا يملك إسقاطه . بخلاف ما قبله لأنه ثبت في ضمن ثبوت حق العبد ، وقد بطل بإقراره فبطل ما في ضمنه تأمل (قوله وتنبذ تلقينه) استحسن ذكره عند قوله إن أقربها : أي نذب للإمام أن يلقنه كافى ، لما أخرجه أبو داود ، أنه صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع ، فقال صلى الله عليه وسلم : ما أخالك سرت ، قال بلى يا رسول الله فأعدها عليه الصلاة والسلام مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع . وإنما في الفتح (قوله في حقهما) متعلق بلا قطع ح .
أي لا قطع في حق الكافر ولا في حق المسلم ، ولعل وجه أنها سرقة واحدة فلا بطلت الشهادة في حق المسلم بطلت في حق الكافر . وأما الضمان فلا شك في انتفائه عن المسلم ، وهل يضمن الكافر حصنه منها " الظاهر نعم .

قلت : وفي كافى الحاكم : لو شهد رجلان على رجلين بسرقة وأحد السارقين غائب قطع الحاضر ، فإن جاء الغائب لم يقطع حتى تعاد عليه تلك البينة أو غيرها فيقطع اه فلينبذ الفرق بين المسألتين ، ولعل وجهه أن الكافر ليس أهلا للشهادة على المسلم ، بخلاف شهادة المسلم على الغائب فإن المانع من قبولها الغيبة لاعداء الأهلية (قوله تشارك جمع) أي في دخول الحرز بقرينة قوله وإن أخذ المال بعضهم : قال في الفتح : وإنما وضعها في دخول الكل ، لأنه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا بعد ذلك في فعل السرقة لا يقطع إلا الداخل إن عرف بعينه ، وإن لم يعرف حزروا كلهم وأيد حبسهم إلى أن تظهر توبتهم اه وقيد بقوله وأصاب كلا نصاب (۱) لأنه لو أصابه أقل لم يقطع ، بل يضمن ما أصابه من ذلك جوهره (قوله استحسانا) والقياس أن يقطع الجامل وحده ، وهو قول زفر والأئمة الثلاثة وضع (قوله أو محرم) أي ذورحم محرم من المسروق منه بحر (قوله لم يقطع أحد) أطلقه فشمّل ما إذا تولى الأعداء العقلاء خلافا لأبي يوسف كما في الزيلعي (قوله لا قطع) هذا قول أبي حنيفة الأول ، وقوله الأخير يقطع كما يأتي قريبا ، وبه صرح في التارخانية وغيرها (قوله سوى رجم) في بعض النسخ

(۱) (قوله كلا نصاب) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، والله في الحق بأهلهنا : كلا قدر نصاب كما ترى اه مصححه .

قلت : لكن نقل المصنف في الباب الآتي تصحيح خلافه فتنبه :

(ويقطع بساج وقنا وأبنوس) يفتح الباء (وعود ومسك وأدهان وورس وعفرا ن وصندل وغيره وفصوص
خضر) أي زمرد (وياقوت وزبرجد ولؤلؤ ولعل وفيروزج وإناء وباب) غير مركب ولو متخذين (من خشب،

سوى جلد وهي الصواب ، وإن كان الأول هو الذي في الفتح والبحر والنهر نقلنا عن كافي الحاكم ، فقد رده
في الشربلالية بأنه مخالف لما قدموه في حد الزنا بالرجم من أنه إذا غاب الشهود أو ماتوا سقط الحد فيجبه
استثناء الجلد فإنه يقام حال الغيبة والموت ، بخلاف الرجم لاشتراط بداءة الشهود به .

وعبارة كافي الحاكم في الحدود مصرحة بذلك ، وكذلك عبارته في السرقة ، ونصها : وإذا كان : أي المروق
منه حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع أيضا حتى يحضروا . وقال أبو حنيفة بعد ذلك يقطع وهو قول صاحبيه ،
وكذلك الموت ، وكذلك هذا في كل حد وحتى سوى الرجم ، ويمضي القصاص وإن لم يحضروا استحسانا لأنه
من حقوق الناس اه فهذا تصريح الحاكم في الحدود والسرقة بما قلنا فلينبه له اه .

قلت : والظاهر أن نسخة الكافي التي وقعت لصاحب الفتح سقط منها قوله وقال أبو حنيفة إلى قوله وكذلك
الموت فوقع الخلل في اشتراط حضور الشاهدين وفي استثناء الرجم ، لأن الاستثناء وقع من القول الأخير الذي
رجع إليه الإمام فكان العمل عليه ، لأن ما رجع عنه المجتهد بمنزلة المنسوخ ، ولذا صرح في شرح الوهبانية
بتصحيح قوله الأخير ، فجرى الله تعالى الشربلالي خيرا على هذا التنبيه الحسن (قوله تصحيح لمخلافه) أي خلاف
قوله لا يقطع وهذا هو الصواب كما علمت (قوله ويقطع بساج) قال الزعفراني : الساج خشب أسود رزين يجلب
من بلاد الهند ولا تكاد الأرض تبليه والجمع سيجان مثل نار وبران : وقال بعضهم : الساج يشبه الأبنوس ،
وهو أقل سوادا منه مصباح (قوله وقنا) بالفتح والقصر : هو الرمح (قوله يفتح الباء) كذا في البحر عن الطلبة ،
ومثله في الفتح والنهر . ورأيت في المصباح ضبطه بضمها وقال إنه خشب معروف ، وهو معرب ، ويجلب
من الهند ، واسمه بالعربية سأم بهمة وزان جعفر (قوله وعود) بالضم الخشب جمعه عيدان وأعواد وآلة
من المعازف قاموس ه

قلت : والمراد هنا الأول وهو الطيب لأن آلة الله لا يقطع بها كما يأتي (قوله وأدهان) جمع دهن كزيت
وشبرج (قوله وورس) نبت أصفر يزوع باليمن ويصبع به قبل هو صنف من الكرم ، وقبل يشبه مصباح
(قوله وصندل) خشب معروف طيب الرائحة (قوله وفصوص خضر) قيد الخضر اتفاقا في معنى (قوله وزبرجد)
جوهر معروف ، ويقال هو الزمرد مصباح (قوله ولعل) بالتخفيف : ما يتخذ منه الحجر الأحمر غير الزعفر
والدودة ، ويطلق على نوع من الزمرد ط : وفي بعض النسخ : لعل وهو شجر حجازي كما في القاموس تأمل
(قوله غير مركب) احتراز به عن باب الدار المركب فإنه لا يقطع به كما يأتي ثم إنه يشترط لقطع هنا أن يكون
في الحرز وأن يكون خفيفا لا يثقل حله جل الواحد لأنه لا يرغب في سرقة الثقل من الأبواب كما في الهداية والزيلعي .
قال في الفتح : ونظر فيه بأن ثقله لا ينافي ماليته ولا ينقصها ، وإنما قل فيه رغبة الواحد لا الجاعة ، ولو صح
هذا امتنع القطع في فردة حل من قماش ونحوه ، وهو متنع ولذا أطلق الحاكم في الكافي القطع اه . وأوجب
بأنه إنما يرد لو لم يثقل الثقل من الأبواب .

قلت : لا يخفى أن هذا هو حقا النظر فالهم (قوله ولو متخذين) أي الإتمام والباب أشار به إلى أن قوله
من خشب غير قيد لأن المراد ما دخلته الصنعة فالتحق بالأموال النفيسة ، بخلاف الأواني المتخذة من الخشيش

وكذا بكل ماهو من أعز الأموال وأنفسها ولا يوجد في دار العدل مباح الأصل غير مرغوب فيه (هذا هو الأصل (لا) يقطع (بنافه) أى حقير (يوجد مباحا في دارنا كخشب لايجوز) عادة (وحشيش وقصب وسن و) لو مليحا و (طبر) ولو بطا أو دجاجا في الأصح غاية (وصيد وزربخ ومغرة ونورة) زاد في الخنى : وأشنان ومحم وملح وخزف وزجاج لسرعة كسره (ولا بما يتسارع فساد كبن ولحم) ولو قديدا وكل مهيا لأكل كخبز. وفي أيام قحط لا تقطع بطعام مطلقا شئى (وفاكهة رطبة

والقصب فلا تقطع بها لأن الصنعة لم تغلب فيها حتى لا تنضاعف قيمتها ولا تخرز ، حتى لو غابت كأواني اللين والماء من الحشيش في بلاد السودان يقطع بها لما ذكرنا ، وكذا الحصر البغدادية لغلبة الصنعة على الأصل : أمدد في البحر ومثله في الزيلعى (قوله ولا يوجد في دار العدل الخ) الأولى التعبير بدار الإسلام . قال في المتع : وأما كوما توجد في دار الحرب فليس شبهة في سقوط القطع ، لأن سائر الأموال حتى الدنانير والدرهم مباحة في دار الحرب ومع هذا يقطع فيها في دارنا اه (قوله لا يقطع بنافه الخ) أى إذا مرق من حرز لاشبهة فيه مدان أحد وأخر ، وصار مملوكا فتح (قوله يوجد مباحا في دارنا) أى يوجد جنسه مباحا في الأصل بصورته الأصلية . بأن لم يفسد فيه صنعة متقومة غير مرغوب فيه ، فخرج بصورته الأبواب والأواني من الخشب ، وبغير مرغوب فيه غير المعادن من الذهب والصفير والياقوت واللؤلؤ ونحوها من الأحجار فيقطع لكونها مرغوبا فيها وعلى حد خبر بعضهم في الزربخ : بأنه ينبغي القطع به لإحرازه في دكاكين العطارين كسائر الأموال . بخلاف الخشب لأنه : يدخل الدور للمارة فكان إحرازه ناقصا ، بخلاف الساج والأبنوس .

واختلط في الوسمة والخناء والوجه القطع لإحرازه عادة في الدكاكين . كذا في المتع . ومفاده اعتبار العادة في الإحراز (قوله لايجز عادة) احتراز عن الساج والأبنوس :

قلت : وقد جرت العادة إحراز بعض الخشب كالحفرو والمشور دفوقا وعوايد ونحو ذلك ، فيبغى القطع به كما يفيد مامر تأمل (قوله ولو مليحا) بتشديد اللام ، ودخل فيه الطرى بالأولى (قوله وطير) لأن الطير بطير يقل إحرازه فتح (قوله وصيد) هو الحيوان الممتنع المتوحش بأصل خلقته إما بقوائمه أو بجناحيه ، فالتسلط ليس منه ابن كمال (قوله وزربخ) بالكسر فارسي معرب مصباح (قوله ومغرة) بفتح الميم وسكون العين المعجمة وتحرك : الطين الأحمر ، وظاهر كلام الصحاح والقاموس أن التسكين هو الأصل والشحراك خلافه ، وظاهر المصباح العكس نوح (قوله ونورة) بضم النون حجر الكلس ، ثم غلبت على أختلاط نضاف إلى الكلس من زربخ وغيره ، ويستعمل لإزالة الشعر مصباح ، وكذا ضبطها بالضم في القاموس (قوله وخزف وزجاج) الخزف : كل ما عمل من طين وشوى بالنار حتى يكون فخارا قاموس : قال في الفتح . ولا يقطع في الآجر والفخار لأن الصنعة لا تغلب فيها على قيمتها . وظاهر الرواية في الزجاج أنه لا يقطع لأنه يسرع إليه الكسر فكان ناقص المالبية . وعن أبي حنيفة : يقطع كالخشب إذا صنع منه الأواني اه . وفي الزيلعى : ولا يقطع في الزجاج لأن المكسوز منه تافه والمصنوع منه يتسارع إليه الفساد اه .

قلت : وظاهره أنه لا يقطع في الزجاج وإن غلبت عليه الصنعة ، وهل يقال مثله في الصيني والباور مع أنه قد يبلغ بالصنعة نصبا كثيرة ، ومفهوم حلة الفخار أنه يقطع به تأمل (قوله وكل مهيا لأكل) أما غير المهيا مما لا يتسارع إليه الفساد كالخطة والسكر فانه يقطع فيه إجماعا كما في الفتح (قوله مطلقا) ولو غير مهيا لأنه عن ضرورة ظاهرا وهى تبيح التناول فتح (قوله وفاكهة رطبة) كالعنب والسررجل والتفاح والرمان وأشباه ذلك

وتمر على شجر وبطيخ (وكل مالا يبقى حولا (وزرع لم يحصد) لعدم الإحراز (وأشربة مطربة) ولو الإناء ذهباً (وآلات لحو) ولو طبل الغزاة في الأصح ، لأن صلاحيته للهو صارت شبه غاية (وصليب ذهب أو فضة وشطرنج وزد) لتأويل الكسر نهباً عن المنكر (وباب مسجد) ودارلأنه حرز لآخر

ولو كانت محروزة (۱) في حظيرة عليها باب مقفل. وأما القواكه اليابسة كالجوز واللوز فإنه يقطع فيها إذا كانت محروزة جوهرية. (قوله وتمر على شجر) لأنه لإحراز فيها على الشجر ولو كان الشجر في حرز، لما في كافي الحاكم ، وإن سرق التمر من رؤوس النخل في حائط حرز أو حنطة في سنبها لم تحصد لم يقطع ، فإن أحرز التمر في حظيرة عليها باب أو حصدت الحنطة وجعلت في حظيرة فسرق منها قطع ، وكذلك إن كانت في صحراء وصاحبها يحفظها اه (قوله وأشربة مطربة) أي مسكرة . والطوب : استخفاف العقل من شدة حزن وجزع حتى يصدر عنه ما لا يبتق كما تراه من صياح الثكالي وضرب خدودهم وشن جيوبهم ، أو شدة سرور توجب ما هو معهود من النمل . ثم الشراب إن كان حاووا فهو مما يتسارع إليه الفساد ، أمورا فإن كان خرا فلا قيمة لها أو غيره ففي تقويمه شلاف ولتأول السارق فيه الإرافة ، فتثبت شبهة الإباحة ، وتماحه في الفتح : وشمل ما إذا كان السارق مسلما أو دميما كما في البحر (قوله ولو الإناء ذهباً) أي على المذهب ، لأن الإناء تابع ولم يقطع في المتدوع فكذا في البيع وفي رواية عن أبي يوسف أنه يقطع ، وهو قول الأئمة الثلاثة ، ورجحه في الفتح فيما تباين ذهيته بأن الظاهر أن كلا مفسود بالأخذ بل أخذ الإناء أظهر : واستشهد بما في التنجيس : سرق كوزا فيه عمل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العمل درهم يقطع ، وهو نظير ما تقدم فيمن سرق ثوبا لا يساوي عشرة مصروو عليه (۲) عشرة يقطع إذا علم أن عليه مالا ، بخلاف ما إذا لم يعلم اه ماخصا ، وأقره في البحر (قوله وآلات لحو) أي بلا خلاف لعدم تقومها عندها حتى لا يضمن تلفها . وعنده وإن ضمنها لغير اللهو إلا أن يتأول أخذها انتهى عن المنكر فتح (قوله وصليب) هو بهيئة خطين متقاطعين ، ويقال لكل جسم صليب فتح (قوله وشطرنج) بكسر الشين فتح : قبل هو عربي ، وقيل معرب ، وهو داخل في آلات اللهو ، وكذا الرد بفتح التون (قوله لتأويل الكسر الخ) عة للثلاثة . وعن أبي يوسف : يقطع بالصليب لو في يد رجل في حرز لاشبهه فيه ، لالو في مصالحهم لعدم الحرز وجوابه ما قلناه من تأويل الإباحة فتح :

قلت : لكن هذا التأويل لا يظهر فيها لو كان السارق ذميا . ثم رأيت في الذخيرة ذكرها هذا التفصيل عن أبي يوسف في الذمى . ووجهه ظاهر لأن مصالحهم بمنزلة المسجد : فلذا لم يقطع ، بخلاف الحرز فيقطع لأنه لتأويل له ؛ إلا أن يقال تأويل غيره يكفي في وجود الشبهة فلا يقطع تأمل . وفي التمر : ولو سرق دراهم عليها تمثال قطع لأنه إنما أعد للتمول فلا يثبت فيه تأويل (قوله لأنه حرز لآخر) أفاد أن الكلام في الباب الخارج فلو داخل الدار فهو حرز فيقطع به أفاده ط :

قلت : وهذا إذ لم يكن ثقيلا على مامر عن الهداية في غير المركب : وظاهره أن باب المسجد حرز وليس كذلك ، فالأولى تحليل الهداية بقوله : ولا يقطع في أبواب المسجد لعدم الإحراز ، فصار كباب الدار بل أولى لأنه يحرز بباب الدار ما فيها ، ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه اه : زاد في البحر : وكذا أستاذ الحكمة وإن كانت محروزة لعدم المالك .

(۱) (قوله ولو كانت محروزة) هكذا بنسخه ، ولعل سواه محروزة لأنه من أحرز ، كما يدل عليه سابق الكلام ولا حقه اه .

(۲) (قوله مصروو عليه) هكذا بنسخه ، ولعل سواه مصروورا بالنصب سفة لقوله ثوبا اه مصححه .

(ومصحف وصی حر) ولو (مجلین) لأن الحلیة تبع (وعبد کبیر) یعبر عن نفسه ولو ناعما أو مجنوا أو أعمی، لأنه إما غصب أو خداع (ودفاتر) غیر الحساب، لأنها لو شرعیة کتکت تفسیر وحديث وفقه فکصحف، وإلا فکطبور (بخلاف) العبد (الصغیر ودفاتر الحساب) الماضي حسابها، لأن المقصود ورقها فبقطع إن بلغ

[تنبيه] قال فی فخر الإسلام: لو اعتاد سرقة أبواب المسجد يجب أن يعزر ويبالغ فيه ويجب حتى یجوب قال فی البحر: وينبغي أن يكون كذلك سارق البرایز من الميض اه. قال ط: وكذا سارق بحال المصلین اه.

قلت: بل كل سارق انتفى عنه القطع لشبهة ونحوها تأمل (قوله ومصحف) مثلث الميم قاموس والضم أشهر مصباح، لأن الآخذ يتأول فی أخذه القراءة والنظر فيه، ولأنه لمالیة له على اعتبار المكتوب وإحرازه لأجله للجلد والأوراق هداية، والإطلاق يشمل الكافر وغير القارئ (قوله ولو مجلین) قال نوح أفندی فی حاشية الدرر: هذا اللفظ فی أكثر النسخ بالیامین، ولكن الصواب أن يكون بباء واحدة كما یظهر من الصرف اه ومثله فی شرح درر البحار (قوله لأن الحلیة تبع) وعن أبي يوسف: یقطع فی المصحف المحلی. وعنه أنه یقطع إذا بلغت الحلیة نصابا كما قال فی حایة الصبی. قال فی الفتح. والخلاف فی صبی لأعشى ولا تکلم، اه. كان یعشى ويتكلم ويمیز لأقطع إجماعا لأنه فی ید نفسه وكان أخذه خداعا ولا یقطع فی الخداع (قوله یعبر عن نفسه) فلما را بالکبیر المیز المعبر عن نفسه بالغا كان أو صبیا بحر (قوله لأنه إما غصب) أى إن أخذه بالنهر أو خداع أى إن أخذه بالحلیة وكلاهما غیر سرقة ط (قوله ودفاتر) جمع دفتر بالفتح وقد یکسر: جماعة الصحف المصحومة قاموس (قوله فکصحف) أى فی تأویل أخذها للقراءة، وكون المقصود مافيا ولا لاله له (قوله ولا فکطبور) أى فی تأویل أخذها لإزالة مافيا نیا عن المنکر:

والحاصل: إنه لا یقطع بكتب علوم شرعیة أو غیرها قال القهستانی، فی شمل: أى الدفتر المصحف وكتب العلوم الشرعیة والآداب ودواوین فیها حکمة دون مافيا أشعار مکروهة وكتب العلوم الحکیمة فیهما داخلان فی آلات هو كما أشار إلیه فی الزاد وغیره اه. ثم نقل قولنا آخر بالقطع بكتب الأدب والشعر، لكن قال فی الفتح والبحر: شمل مثل كتب السحر ومثل كتب العربیة واختلف فی غیرها: أى غیر كتب الشرعیة من العربیة والشعر، فقبل ملحقة بدفاتر الحساب فیقطع فیها. وقيل بكتب الشرعیة لأن معرفتها قد تنوقف على اللغة والشعر، والحاجة وإن قلت كفت فی إیراث الشبهة اه فتعلیل القول الثاني یفید ترجیحه. ثم قال: ومقتضى هذا أنه لا یختلف فی القطع بكتب السحر والفلسفة لأنه لا یقصد مافيا لأهل الدیانة فكانت سرقة صرفا اه. زاد فی النهر: وينبغي أن ینظر فی الآخذ لكتب السحر والفلسفة، فإن كان مولما بذلك لا یقطع للقطع بأن المقصود مافيا اه.

قلت: لكن كلام الفتح یمتثل لأنه جعل كون أهل الدیانة لا یقصدونها علة لكونها سرقة صرفا، ومعلوم أن السارق لا یلزم أن يكون من الذین لا یقصدونها بل الغالب أن يكون غیرهم من أهل الشر كالسحرة ونحوهم: فعمل أن الشبهة المسقطه لا یلزم وجودها فی السارق وإلا كانت علة حقیقة لاشبهة العلة، لأن الشبهة ما یشبه الثابت وهو ليس بثابت ولا یلزم ثبوت التفصیل المذكور فی كتب الشرعیة أيضا، وكذا فی الآت اللهو والطعام فی سنة الضحط، ولم زمن عرج علیه، لم قدمنا عن النخيرة فی الصليب ما یفیده عند أبی یوسف فلی تأمل (قوله بخلاف العبد الصغیر) لأنه مال متنع به إن كان یعشى ویعقل أو برصیة أن یعبر كذلك إن كان خلافه، ونعمامه فی النهر (قوله الماضي حسابها) أى الذى لم یتق لأجد فی حلقه فلم یتق إلا لا کاغد، فإذا بلغت قیمته نصابا

نصاباً ، أما المعمول بها فالمقصود علم ما فيها وهو ليس بمالك فلا قطع ، بلا فرق بين دفاتر تجار وديوان وأوقاف نهر (وكلب وفهد ولو عليه طوق من ذهب علم السارق (به أولاً) لأنه تبع (و) لا (بخيانة) في ودعية (ونهب) أى أخذ قهراً (واختلاس) أى اختطاف لانتفاء الركن (ونش) لقبور (ولو كان القبر في بيت مقفل) فى الأصح (أو) كان (الثوب غير الكفن) وكذا لو سرقه من بيت فيه قبر أو ميت لتأوله بزيارة القبر أو التجهيز وللإدنى مدحوله عادة ، ولو اعتاده قطع سياسة (ومال عامة أو مشترك) وحصر مسجد وأستار كعبة ومال وقف لعدم المالك بحر (ومثل دينه

قطع كذا فى تصحيح العلامة قاسم (قوله وكلب وفهد) عطف على (الا قطع فيه بقرينة تنكيره ، ولو قل وبكلب وفهد كما صنع فى الواقى لكان أحسن حوى : وشمل كلب الصيد والماشية لأنه يوجد من جنسه مباح الأصل ، ولا اختلاف العلماء فى ماينه فأورث شبهة بحرط (قوله فى ودعية) أى تحت يده (قوله أى أخذ قهراً) أى على وجه قلعانية (قوله أى اختطاف) أى علانية أيضاً بالنهب والاختلاس ، أخذ الشيء علانية ، إلا أن الفرق بينهما من جهة سرقة الأحدثى جانب الاختلاس ، بخلاف النهب فإن ذلك غير معتبر فيه ط عن أبى السعود (قوله لانتفاء الركن) وهو الحرز فى الخيانة والأخذ خفية فيما بعد ما ط (قوله ونش) أى لاقطع على النباش : وهو الذى يسرق أكفان الموتى بعد الدفن بحر ، لأن الحرز بالقبر أو الميت باطل لأنه لا يحفظ نفسه ، والصحراء ليست حرزاً ، حتى لو دفن بها مال فسرق لم يقطع . فما فى القنية من أنه لو سرق المدفون بالمفاضة قطع ضعيف مقبى (قوله فى الأصح) لاحتلال الحرز بخمر القبر ، وقبل يقطع إذا كان متغلاً قهستانى (قوله ولو اعتاده) أى اعتاد البش وفيه إشارة إلى الجواب عما استدلل به أبو يوسف والأئمة الثلاثة من حديث : من نيش قطعناه وجمعه على السياسة وتماخى تخفيفه فى الفتح (قوله ومال عامة) وهو مال بيت المفاضة مال المسلمين وهو منهم ، وإذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فأورث شبهة والحدود تدرك بها بحر (قوله ومشارك) (١) أى بين السارق وبين ذى اليد (قوله وحصر مسجد البغ) أى وإن كانت محرزة كما فى البحر (قوله ومال وقف) ذكره فى البحر بخنا فقال . وأما مال الوقف فلم أر من صرح به ، ولا يفتى أنه لا يقطع به . وقد عللوا عدم القطع فيها لو سرق حصر المسجد ونحوها من حرز بعدم المالك ، وتبعه فى النهر . وقال : ولو قيل إن كان الوقف على العامة فاله كبيت المال ، وإن كان على قوم محصورين فلعدم المالك حقيقة لكان حسناً . ولا يفتى جريان العلة الثانية فيها ، لكن رده المقدسى والزملى بأنهم صرحوا بأنه يقطع بطلب متولى الوقف ، وسبب التصرع به فى الباب الآتى ، وصرح به أيضاً ابن مالك فى شرح المنار فى بحث الخاص .

قلت : ولذا واه أعلم علل فى الفتح لعدم القطع فى حصر المسجد بعدم الحرز : أى لكون المسجد غير حرز ومفاده أنه يقطع لو سرقها من حرز . والظاهر أن وجه كون الوقف يبنى على ملك الواقف حكماً عند الإمام ، وهذا فى أصل الوقف . وأما العلة فقد صرحوا بأنها ملك المستحقين ، لكن يفتى أن يقال إن كان السارق له حق فى العلة لا يقطع بسرقة منها سواء كان وقفاً على العامة أو على قوم محصورين لثبوت الشركة ، وكذا وقف المسجد إذا كان للسارق وظيفة فيه ، بخلاف سرقة حصره وقناده إذ حقه فى العلة لا فى الحصر تأمل :

مطلب فى أخذ الدائن من مال مدينه من خلاف جنسه

(قوله ومثل دينه) أى مثله جنساً لا قدراً ولا صفة كما أفاده ما بعده (قوله ولو دينه مؤجلاً) لأنه استيفاء لحقه والحال والموجل سواء فى عدم القطع استحقاقاً ، لأن التأجيل لتأخير المطالبة والحق ثابت فيصير شبهة دائرة وإن لم يلزمه

(١) (قوله المحض ومشارك) كذا بالأصل المقابل على غلط . والذي فى الفرح أو مشترك بأمر لا بالواد كما ترى اه صححه ،

ولو) دینہ (مؤجلا أو زائدا علیہ) أو أوجد لصبرورته شريكا (إذا كان من جنسه ولو حكما) بأن كان له دراهم فسرقت دنائره وبعبارة هو الأصح لأن التقدين جنس واحد حكما خلاف العرض ومنه الحلی ، فيقطع به ما لم يقل أخذته وهنا أو قضاء . وأطلق الشافعي أخذ خلاف الجنس للمجانسة في المالية . قال في المجتبى وهو أوسع فيعمل به عند الضرورة (بخلاف سرقة من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكانه أو غريم عبده المأذون المديون) فإنه يقطع لأن حق الأخذ لغيره .
(ولو سرق من غريم ابنه الصغير لأكسرة شيء قطع فيه ولم يتغير)

الإعطاء الآن . ولا فرق بين كون المديون المسروق منه بماطلا أو أخلاقا للشافعي ، وتماه في الفتح (قوله أو إذا ادعى (أو أوجد) أنت خير بأن الضمير في زائد أو أوجد عائد على الدين ، وفي عليه على المسروق ، فالمااسب للتعميم أن يقال أو أنقص منه أو ردأفيعلم حكم الزائد والأجود بالأولى .
والحاصل أنه لو سرق أكثر من دينه لا يقطع لأنه يصير شريكا في ذلك المال بمقدار حقه كما في الفتح ، وعلى قياسه يقال فيما لو سرق الأجود تأمل (قوله لأن التقدين جنس واحد حكما) ولهذا كان للقاضي أن يقضى بها دية من غير رضا المطلوب بحر .

قلت : وهذا موافق لما صرحوا به في الحجز . ومفاده أنه ليس للدائن أخذ الدراهم بدل الدنانير بلا إذن المديون ولا فعل حاكم ، وقد صرح في شرح تلخيص الجامع في باب التمييز في المساومة بأن له الأخذ وكذا في حطر (المجتبى ، ولعله محمول على ما إذا لم يمكنه الرفع للحاكم ، فإذا ظفر بمال مديونه له الأخذ ديانة بل له الأخذ من خلاف الجنس على ما ذكره قريبا (قوله ومنه الحلی) أي بسبب ما فيه من الصياغة التحق بالعرض (قوله ما لم يقل الخ) لأنه لا يكون رهنًا أو قضاة لدينه إلا بإذن مالكة فكانه ادعى أخذه بإذنه فلا يقطع .
وفي الفتح : وعن أبي يوسف لا يقطع بالعروض لأن له الأخذ عند بعض العلماء . قلنا : هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر فلا يصير شبهة دائمة إلا إن ادعى الرهن أو القضاة .

مطلب يقرر بالعمل بمذهب النير عند الضرورة

(قوله وأطلق الشافعي أخذ خلاف الجنس) أي من النقود أو العروض لأن النقود يجوز أخذها عندنا على ما قررناه آنفا : قال القهستاني : وفيه إجماع إلى أن له أن يأخذ من خلاف جنسه عند المجانسة في المالية ، وهذا أوسع فيجوز الأخذ به وإن لم يكن مذهبا ، فإن الإنسان يعلف في العمل به عند الضرورة كما في الزاهدي اه .
قلت : وهذا ما قالوا إنه لا مستند له ، لكن رأيت في شرح نظم الكثر للمقدسي من كتاب الحجز .
قال : ونقل جده والدي لأمه الجبال الأشقر في شرحه للقنوري أن عدم جواز الأخذ من خلاف الجنس كان في زمانهم لمطاعتهم في الحقوق . والقنوي اليوم على جواز الأخذ عند الضرورة من أي مال كان لاسيا في ديارنا لمدادهم للعقود :

عفاء على هذا الزمان فإنه زمان حقوق لازمان حقوق

وكل رفيق فيه غير مرافق وكل صديق فيه غير صدوق

(قوله بخلاف سرقة من غريم أبيه) سقط من بعض النسخ لفظ غريم وهو خطأ (قوله لا) أي لا يقطع ، لأن له ولاية أخذ دين ابنه الصغير . بنى لو لم يكن له ولاية لسوء اختياره أو لكونه رقيقا . واستظهر ط أنه كذلك ويظهر لي خلافه تأمل (قوله كسرقة شيء الخ) أي إذا سرق شيئا فقطع فيه فردة إلى مالكة ثم سرقة ثانيا

أما لو تبدل العين أو السبب كالبيع قطع على ما في المجتبى (أو من ذى رحم محرم لا يرضاع) فلو محرمته برضاع قطع كابن عم هو أح رضاعاً فإنه رحم نسباً محرم رضاعاً عني فسقط كلام الزبلى .
(ولو) المسروق (مال غيره) أى غير ذى الرحم (بخلاف ماله إذا سرق من بيت غيره) فإنه يقطع اعتباراً للحرز وعدمه

ولم يتغير المسروق عن الحالة الأولى لا يقطع ، والقياس أنه يقطع ، وهو رواية عن أبي يوسف وقول الأئمة الثلاثة وبيانه في الفتح (قوله أما لو تبدل العين) كما لو كان غزلاً فسرقة يقطع فيه فردة ثم نسج فسرقة فإنه يقطع . وعلى هذا الصوف والفطن والكتان : وكل عين أحدث المالك فيه صنعا بعد القطع لو أحدثه الغاصب يقطع به حتى المالك بحر (قوله كالبيع) أى لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه فسرقة يقطع ثانياً عند ما يبيع بخارى وقول مشايخ العراق : لا يقطع . وظاهر الفتح اعتماد الثاني ، وذكر في النهر ما يؤيد الأول (قوله على ما في المجتبى) أشار به إلى ما ذكرنا من الخلاف ، وهذا القول ذكره في المجتبى جازاً به بلا حكاية بخلاف كما ذكره المصنف في شرحه (قوله أو من ذى رحم محرم) ترجم في الهداية والكنز لهذه المسائل بقوله : فصل في الحرز ، وهو كما في النهر لغة الموضع الذى يحرز فيه شيء . وشرعاً : ما يحفظ فيه المال عادة كالدار وإن لم يكن لها باب أو كان وهو مفتوح لأن البدء لفصد الإحراز والمانع والخيمة والشخص اهـ ومثله في الفتح ؛ لكن قوله وإن لم يكن لها باب الخ فيه كلام نذكره عند مسألة الفشاش (قوله فسقط كلام الزبلى) حيث قال وقوله لا يرضاع لأحاجة إلى إخرجه لأنه لم يدخل فى ذى الرحم المحرم . ورده في البحر بأن هذا ظن منه أنه متعلق بالرحم ، وليس كذلك بل متعلق بالمحرم اهـ ح .

قلت : لا يظن بالزبلى أنه ظن ذلك لأن الرحم وهو القرابة النسبية لا تكون بالرضاع أصلاً حتى يظن أن قوله لا يرضاع نفياً له بل مبنى كلامه على أن المراد بالمحرم ما تكون محرمته من النسب كما هو المتبادر ، وكما عبر به في الهداية حيث قال ذى رحم محرم منه ، فقوله منه : أى من الرحم نصريح بالمراد ، وعليه فلا يدخل فيه ابن العم الذى هو أح رضاعاً لأنه محرم من الرضاع لا من الرحم . ثم رأيت عبارة الكنز التى شرح عليها الزبلى بلفظ منه كعبارة الهداية ، فتبين ما قلنا وسقط ما سواه فافهم (قوله بخلاف ماله إذا سرق من بيت غيره) أى إذا سرق مال رحمه المحرم من بيت أجنبي فإنه يقطع لوجود الحرز .

وفى الفتح : ينبى أن لا يقطع لما فى القطعة من القطيعة . وأجاب فى البحر بأن القطع حق الشرع لاحقه فلا يكون قطيعة .

واعترضه فى النهر بأنه مشترك الإلزام ، بأنه لو سرق من بيت رحمه المحرم يقطع ولا يلزم القطيعة لما ذكر . قلت : أنت خير بأنه لا يصح القول بالقطع فيه لقيام المانع وهو عدم الحرز ، بخلاف بيت الأجنبي ، نعم ينبى نفياًه بغير قرابة الولاد ، فلا يقطع فى الولاد لشبهة فى ماله على ما مر كما فى التبيين والبحر والنهر (قوله اعتباراً للحرز وعدمه) أى قطع فى المسألة الأخيرة اعتباراً للحرز ولم يقطع فيما قبلها اعتباراً لعدمه ، ففيه لف ونشر وشوش . وصرح هذا قال البرجندى : الظاهر أنه لا يدخل للقرابة ؛ بل المتبر الحرز ، فى كل موضع كان له أن يدخل فيه بلا مانع ولا حشمة لا يقطع سواء كان بينهما قرابة أو لا . قال الحصى : وفيه نظر ، فإن الصديقين يدخل أحدهما بيت الآخر بلا مانع ولا حشمة مع أنه يقطع ، فظهر أن للقرابة الحرمة مدخلاً .

واعترضه الشيخ أبو السعود بأن هذا فيما لم يؤذن له بدخوله ، حتى لو سرق من محل جرت عادته بدخوله لم يقطع اهـ .

(وبخلاف مرضعته) صوابه مرضعه بلا تاء ابن كمال (مطلقا) سواء سرق من بيتها أو بيت غيرها فإنه يقطع لما مر (و) لا بسرقه (من زوجته) وإن تزوجها بعد القضاء جوهرة (وزوجها ولو كان) المسروق (من حرز خاص له) (و) لا (عبد من سيده أو عرسه أو زوج سيدته) للإذن بالدخول عادة (و) لا (من مكاتبه وختنه وصهره) (من مغنم

قلت : لكن المنقول في الهداية وغيرها قطع الصديق لأنه عاداه في السرقة ، ولم يفصلوا بين جربان عادة في الدخول أو عدمه ، وبأنى له مزيد بيان عقبيه (قوله ابن كمال) حيث قال : المرصع التي شأنتها الارضاع ، والمرضعة هي التي في حال الرضاع ملقمة ثديها للصبي كذا في الكشاف ، فن قال هنا مرضعة لم يصب اه لأنه لا يمكن أن يسرق منها في حال إرضاعها له (قوله للمار) أى من اعتبار الحرز . وعن أبي يوسف لا يقطع لدخوله عليها بلا استئذان وحشمة ، بخلاف الأخوت رضاعا لانعدام هذا المعنى فيها عادة . وجه الظاهر أنه لا قرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لا تحترم فتح .

قلت : وإذا كان يقطع في السرقة من أمه رضاعا مع الدخول بلا استئذان وحشمة فكذا في الصديق . وبه ظهر أن القرابة المحرمية دخلا ، وكذا قولهم لأنه عاداه في السرقة يفيد الفرق وهو زوال الصداقة ، بخلاف القرابة تأمل ، والله تعالى أعلم (قوله ولا بسرقه من زوجته) أى ولو من وجه كالمتبوتة المعتدة في نزل على حدة ، ولو سرق بعد انقضاء العدة قطع كافى الحاكم (قوله وإن تزوجها بعد القضاء) بالقطع لوجود الشبهة قبل الإيضاح وأما أنه لا فرق بين كونه زوجها وقت السرقة أو بعدها قبل القضاء بالقطع أو بعده ، وفي الأخير خلاف أبو يوسف ، ولو سرق أحدهما من الآخر فطلقها قبل الدخول لم يقطع أيضا كما في النهر (قوله من حرز خاص له) يعنى بأن كان خارج مسكنهما صرح به في الهداية والبحر شربلاية فالضيمير في له عائد على المسروق لا على السارق فافهم (قوله أو عرسه) أى زوجة سيده وشريكه مثلا . قال في البحر : والعبد في هذا ملحق ، بمولاه نبي لا يقطع في سرقة لا يقطع فيها المولى كالسرقة من أقارب المولى وغيرهم لأنه مأذون بالدخول عادة في بيت هؤلاء إقامة المصانع (قوله ولا من مكاتبه) لأن له حقا في أكسابه نهر (قوله وختنه وصهره) خفته : زوج كل ذى رحم محرم منه وصهره : كل ذى رحم محرم من امرأته ، وهذا عند الإمام . وقالوا : يقطع لعدم الشبهة في ملك البعض لأنها تكون بالقرابة وهي منتفية . وله أن العادة جارية في دخول بعضهم منازل البعض بلا استئذان فتمسكت الشبهة في الحرز ، وتأخير الزيلعي لدليله مؤذن بترجيحه نهر . وفي كافى الحاكم : ولا يقطع السارق من امرأة أبيه وزوج ابنته وابن امرأته وأبويها استحسانا (قوله ومغنم الخ) علله في الهداية بقوله لأن له فيه نصيبا وذكر أن ذلك مأثور عن علي رضي الله عنه حكاه وتعليلنا : هو أنه أتى برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا ، رواه عبد الرزاق والدارقطني ، وهذا ظاهر في أن الكلام فيمن له فيه استحقاق ، وبه صرح في الفتح ، لكن في النهر قال في الخواص السعدية : وهذا التعليل يدل على أنه لو لم يكن له فيه نصيب يقطع لكن الرواية مطلقة في مختصر القندورى وشرح الطحاوى فلا بد من تعليل آخر اه .

وفي غاية البيان ينبغي أن يكون المراد من السارق من له نصيب فيه ، أمان لا نصيب له فيقطع ، اللهم إلا أن يقال إنه مباع الأصل وهو على صورته لم يتغير فصار شبهة وفي كلام المصنف يعنى صاحب الكثر مايوى إلى اعتبار الإطلاق حيث قدم أنه لا يقطع في المال المشترك وإذا كان له حق فيه كان من المشترك فذكره هنا ليس إلا لإفادة الصميم اه .

قلت : ما ذكر من إطلاق الرواية قد يدعى أنه يخصه بالتعليل المأثور الذى جعلوه دليل الحكم وإلا لزم إثبات

وإن لم يكن له حق فيه لأنه مباح الأصل فصار شبهة غاية بحثا (وحام) في وقت جرت العادة بدخوله ، وكذا حوائث التجار والحانات مجتبي (وبيت أذن في دخوله) ولو أذن المخصوصين فدخل غيرهم وسرق ينبغي أن يقطع .
واعلم أنه لا يعتبر الحرز بالحفاظ مع وجود الحرز بالمكان لأنه قوى ، فلا يعتبر الحفاظ في الحمام لأنه حرز ويعتبر في المسجد لأنه ليس بحرز ، به يفتى شافعي .

(وكل ما كان حرزا لنوع فهو حرز للأشياء كلها) فيقطع بسرقة لؤلؤة من إصطبل (على المذهب) وقيل حرز كل شيء معتبر بحرز مثله والأول هو المذهب عندنا مجتبي ، لكن جزم القهستاني بأن الثاني هو المذهب فتنبه (ولا يقطع قفاف) هو من يسرق الدراهم بين أصابعه (وفشاش)

حكم بلا دليل ، وما ذكره في غاية البيان من أنه مباح الأصل فيه نظر ، لأن مباح الأصل ما يكون نافعا ويوجد مباحا في دار الإسلام كالصيد والحشيش كما مر ، والمغرم قد يكون من أغز الأموال . وأيضا حكم مباح الأصل أنه لا يقطع به وإن ملأ وسرق من حرز والمغرم ليس كذلك قطعا نعم قال القهستاني بعد التعليل المأثور : ولا يخفى أن الأخذ إن كان من العسكر فالمغرم داخل في مال الشركة وإلا ففي مال العامة اه وهذا في غاية الحسن ، فإن خمس المغرم يرد على الحاجة من العامة . ومن سرق من مال العامة لا يقطع لأنه يستحق منه عند الحاجة فأورث شبهة ما عدا ذلك كما قدمناه عن البحر (قوله في وقت جرت العادة بدخوله) فيقطع لو سرق ليلا لأن الإذن يختص بالحرز وبه إشارة إلى أنه لو اعتاد الناس دخوله في بعض الليل فهو كالنهار كما في المضمرات قهستاني ، وإلى أن ذلك إذا كان الباب مفتوحا .

في الحاوي الزاهدي : ولو سرق من حمام أو خان أو رباط أو حوائث التجار وبابها مغلق يقطع وإن كان نهرا في الأصح اه (قوله وبيت أذن في دخوله) فلا يقطع بالسرقة منه في الوقت المأذون بالدخول فيط (قوله ينبغي أن يقطع) البحث لصاحب البحر وتبعه من بعده ط (قوله لا يعتبر الحرز بالحفاظ الخ) فلو سرق شيئا من الحمام وصاحبه عنده أو المسروق تحته لا يقطع بخلاف المسجد . والفرق أن الحمام يبنى للإحراز فكان حرزا كالبقي فلا يعتبر الحفاظ ، والمسجد لم يبنى للإحراز الأموال فيعتبر الحفاظ كالطريق والصحراء ، وتماه في الزيلعي . وأفاد أن الحرز نوعان كما قدمناه عند قوله من حرز (قوله به يفتى) زاد في الفتح : وهو ظاهر المذهب ، ومقابلة القول بأنه يقطع عنده لو سرق من الحمام في وقت الإذن إذا كان ثمة حافظ ، ولا يقطع عندهما (قوله فيقطع بسرقة لؤلؤة من إصطبل) لأن الحرز كما قدمناه كل بقعة معدة للإحراز ممنوع من الدخول فيها إلا بإذنه . ولا يخفى أن الإصطبل كذلك ، وهذا بخلاف الدبيعة فإنه يعتبر فيها حرز مثلها ، حتى لو وضع المودع اللؤلؤة في الإصطبل بضمن كما حققناه في تنقيح الفتاوى الحامدية من الدبيعة ، وسند ذكره هناك إن شاء الله تعالى (قوله والأول هو المذهب عندنا) إن كان أعاده لأجل نسبته إلى المجتبي كان أخصص عزوه إليه عقب عبارة المتن ، ولعل المراد إعادة الحصر بالجملة المعرفة الطرفين فإنه زائد على ما في المتن فافهم (قوله لكن جزم القهستاني الخ) لم ينسبه القهستاني إلى أحد يعتمد عليه ، وما مشى عليه المصنف قال فيه شمس الأئمة السرخسي هو المذهب عندنا كما نقله في الذخيرة وغيرها ، وقد قال في الفتح إنه هو الصحيح كما ذكره الكرخي . ثم قال : ونقل الإسماعيلي عن بعض أصحابنا أن كل شيء يعتبر بحرز مثله . فلم أن ما في القهستاني قول البعض وأن المذهب الصحيح بخلافه ، ولعل قوله إنه المذهب سبق نظر ، فليس في المسألة اختلاف تصحيح فافهم (قوله ولا يقطع قفاف) بقاف وفاء بينهما ألف (قوله هو من يسرق الدراهم) الذي في المغرب وغيره : هو الذي يعطى الدراهم لينقدها فيسرقها بين أصابعه ولا

بالقاء . هو من يهيئ لخلق الباب مايفتحه إذا (فش) حانونا أو باب دار (نهارا و خلا البيت من أحد) فلا فيه أحد وهو لا يعلم به قطع شئى :

(ويقطع لو سرق من السطح) نصاباً لأنه حرز شرح وهبانية (أو من المسجد) أراد به كل مكان ليس بحرز فعم الطريق والصحرأ (ورب المتاع عبده) أى بحيث يراه (ولو) الحافظ (نائماً) فى الأصح (لا) يقطع (لو سرق ضيف من أضافه) ولو من بعض بيوت الدار أو من صندوق متعل لاختلال الحرز (أو سرق شيئاً ولم يخرج منه من الدار) لشبهة عدم الأخذ ، بخلاف القصب (وإن أخرجه من حجرة الدار) المتسعة جداً إلى صحنها

يشعر ، صاحبه (قوله بالقاء) أى ويشينين معجمتين بينهما ألف (قوله لخلق الباب) بالتحريك جمعه أغلاق كسبب وأسباب مصباح (قوله نهارا) لعل وجهه أن يكون مجاهراً وشرط القطع الخفية ، بخلاف ما إذا كان بالا . قال الزيلعى : ولو كان باب الدار مفتوحاً فى النهار فسرق لا يقطع لأنه مكارة لا سرقة . ولو كان فى الليل ، هذا انقطاع انتشار الناس قطع اه . زاد فى الذخيرة عن أبى العباس أنه سوى فى الليل بين ما إذا كان الباب المفتوح مردود أو غير مردود فى أنه يقطع فيها . وفرق بينهما فى النهار فى أنه لو مردوداً قطع وإلا لا .

قلت : ومسألة الفشاش المذكورة فى كافى الحاكم ، وهى تبدل على أنه لا يقطع فى النهار ، لا فرق بين كونه مردوداً أولاً لأنه إذا لم يقطع بفتحته نهاراً وهو مقفل ، فإذا كان مفتوحاً مردوداً أولاً فهو كذلك بالأولى ، فإذا أنشئ الزيلعى عدم القطع كما علمت ، ثم ذكر بعده مسألة الفشاش المذكورة . وبهذا علم أن ماقدنا عن النهر عند قوله أو من ذى رحم ليس على إطلاقه فتدبر (قوله قطع) أى لظنه الخفية ، وأما لو علم فلا يقع لأنه مجاهر (قوله من السطح) أى إذا صعد إليه أو تناوله من داخل الدار ، واحترز به عما لو سرق ثوباً بسط على حائط إلى السكة بخلاف ما إذا كان إلى الدار فإنه يقطع كما فى البحر (قوله أى بحيث يراه) أفاد أنه ليس المراد بالهبة الخسور بل الإطلاع عليه (قوله ولو الحافظ نائماً) عبر بالحافظ لأنه أعم من أن يكون هو رب المتاع أو غيره ، وأطلق النائم فشملاً ما إذا نام مضطجعا أولاً ، وما إذا كان المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه أو بين يديه حالة النوم هو الصحيح وقبل باسقاط كونه تحت رأسه أو جنبه فتح . قال فى النور : ونبه بقوله عنده إلى أنه لو كان لا يسأ له لم يقطع . وقبل يقطع حكاية فى المجتبى اه وبسطه فى البحر . وفصل الزيلعى بين النائم وغيره ، فية قطع فى الأول لأنه أخذ تخفية لافى الثانى لأنه اختلاس ، وذلك حيث قال : وفى المحيط لو سرق ثوباً عليه وهو رداؤه أو قلنسوة أو طرف من ثوبه أو سيفه أو سرق من امرأة حلياً عليها لا يقطع لأنها خلصة وليست بخفية سرقة ، ولو سرق من رجل نائم قلادة عليه وهو لا يسأ أو ملادة له وهو لا يسأ أو واضعها قريباً منه بحيث يكون حافظاً لما قطع لأنه أخذها بخفية وسراؤها حافظ وهو النائم اه (قوله ولو من بعض بيوت الدار) أى لافرق بين أن يسرق من البيت الذى أضافه فيه أو من بيت آخر فيها (قوله لاختلال الحرز) لأن الدار مع جميع بيوتها حرز واحد فبالإذن فيها اختل الحرز فى جميع بيوتها بحر (قوله لشبهة عدم الأخذ) لأن الدار وما فيها فى يد صاحبها فتح . وفيه أيضاً أن الحرز بالمكان لا يجب القطع فيه إلا بالإخراج ، لتقام يد المالك قبل الإخراج من داره فلا يتحقق الأخذ إلا بإزالة يده وذلك بالإخراج من حرزه ، بخلاف الحرز بالحفاظ فإنه يقطع كما أخذه لزوال يده المالك بمجرد الأخذ فتم السرقة فيجب موجهها اه (قوله بخلاف القصب) يعنى أن هذا فى حق القطع لسقوط الحد بالشبهة ، بخلاف ضمان القصب ؛ يعنى لو هلك ما سرقه ولم يخرج . قال فى الفتح : قال بعضهم : لأصمان عليه إذا تاف المسروق فى يده قبل الإخراج من الدار ولا قطع عليه . والصحيح أنه يضمن لوجود التلف على وجه التعدى ، بخلاف القطع لأن شرطه هتك الحرز ولم يوجد اه (قوله المتسعة جداً) أى التى فيها منارل ، وفى كل منزل مكان يستغنى به أهله عن الانقفاع بصحن الدار

(أو أغار من أهل الحجر على حجرة) أخرى لأن كل حجرة حرز (أو نقب قد دخل أو ألقى) كذا رأيته في نسخ المتن والشرح بأو وضوابة بأو أو كما في السكز (شيئا في الطريق) يبلغ نصاباً (ثم أخذه) قطع لأن الرمي حيلة يعتاده السراق فاعتبر الكل فعلاً واحداً، ولولم يأخذه أو أخذه غيره فهو مضيق لاسارق (أو حمله على دابة فساقه وأخرجه) أو علق رسنه في عتق كلب وزجره لأن سيره يضاف إليه (أو ألقاه في الماء فأخرجه بتمحرك السارق) لما مر (أو لا بتحريكه بل) أخرجه (قوة جريه على الأصح) لأنه أخرجه بسببه زبامى (قطع) في الشكل لما ذكرنا . ويشكل على الأخير ما قالوا : أو علقه على طائر فطار فطار إلى منزل السارق لم يقطع ، فلذا والله أعلم جزم الحدادى وغيره بعدم القطع (وإن) نقب ثم (ناوله آخر من خارج) الدار (أو أدخل يده في بيت وأخذ)

وإذا ينفذون به انتفاع السكة وإلا فهي المسألة السابقة التي لا بد فيها من الإخراج من الدار بحر . ونحوه في الزبامى وفي الكافى : يقطع إذا كانت دار واحدة عظيمة فيها مقاصير كل مقصورة مسكن على حيالها والمقصورة : احجرة بلسان أهل الكوفة معراج (قوله أو أغار) المراد دخل مقصورة على غرة فأخذ بسرعة ؛ يقال : أغار الفرس والنعلب في العدو أسرع بحر (قوله من أهل الحجر) حال من فاعل أغار (قوله لأن كل حجرة حرز) علة للمساكين ، إذ لكل مقصورة باب وغلق على حدة ومال كل واحد محرز بمقصورة ، فكانت المنازل بمنزلة دور في محله ، وإن كانت الدار صغيرة بحيث لا يستغنى أهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار بل ينفذون به انتفاع المارل فهي بمنزلة مكان واحد فلا يقطع الساكن فيها ولا المأذون له بالدخول فيها إذا سرق من بعض مقاصيرها زبامى (قوله في الطريق) أى بحيث يراه لأنه باقى في يده فصار كأنه أخرجه معه وإلا فلا قطع عليه وإن خرج وأخذه لأنه صار مستهلكه قبل خروجه بدليل وجوب الضمان عليه ، كما لو ذبح الشاة في الحرز جوهرة (قوله ثم أخذه) أشار إلى أنه لا يشترط لقطع الأخذ على فور الإلقاء اه ط (قوله يعتاده السراق) إما لتعذر الخروج مع المتاع أو لبيكته الدفع أو الفرار زبامى (قوله فاعتبر الكل فعلاً واحداً) أى كل من النقب والدخول والإلقاء والأخذ حيث لم يعترض عليه يد معتبرة وهذا جواب عن قول زفر إنه لا يقطع لأن الإلقاء غير موجب له (قوله وأولم يأخذه) أى بأن خرج وتركه ، وقوله أو أخذه غيره : أى قبل خروجه (قوله فهو مضيق) فعليه ضمانه (قوله لأن سيره يضاف إليه) أما لو خرج بلا سوق ولا زجر لم يقطع ، لأن للذابة اختياراً فلم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا يقطع نسبة الفعل إليها كما في البحر (قوله لما مر) أى من أن الإخراج يضاف إليه ط (قوله قوة جريه) في بعض النسخ بقوة جريه (قوله لأنه أخرجه) أى لأن الماء أخرجه بسبب إلفاته فيه (قوله ويشكل على الأخير) أى مانو ألقاه في الماء وأخرجه بقوة جريه والاستشكال لصاحب النهر :

قلت : وقد يدفع بأن الطائر فعله يضاف إليه لأن للذابة اختياراً كما مر ، فإذا لم يزجره بل طار بنفسه فقد عرض على فعل السارق فعل مختار فلم يضاف إليه . نظيره ما إذا خرج الخمار بنفسه بلا سوق في المسألة المارة ، وكذا ما باقى في الغصب لو حل قيد عبد غيره أو رباط دابته أو فتح باب اصطبلها أو قفص طائره فذهبت لا يضمن فافهم (قوله بعدم القطع) هو خلاف ما صححه في المبسوط ، ومشى عليه المصنف تبعاً للزبامى والفتح والتهامية : وفي الفتح إنه قول الأئمة الثلاثة فيرجع على ما جزم به الحدادى صاحب الجوهرة ولا سيما بعد انتفاح الجواب بما قلناه (قوله وإن نقب ثم ناوله آخر الخ) جواب الشرط قوله الآتى لا يقطع . وأفاد أنه لا يقطع المتناول ولا المتناول لأن الأول لم يوجد منه الإخراج لا اعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثانى لم يوجد منه هلك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد ، وأطلقه فشمّل ما إذا أخرج الداخل يده وناول الخارج أو أدخل الخارج يده فتناول من يد الداخل وهو ظاهر المذهب بحر (قوله أو أدخل يده في بيت وأخذ) أى من غير دخول في البيت ، وقيد

ويسمى اللص الظريف . ولو وضعه في القب ثم خرج وأخذه لم يقطع في الصحيح شي (أو طر) أى شق (صرة خارجة من نفس السك) فلو داخله قطع ، وفي الحل بكسه (أو سرق) من مرعى أو (من قطار) بفتح القاف الإبل على نسق واحد (بعبارة أو حلا) عليه (لا) يقطع لأن السائق والقائد والراعى لم يقصدوا للحفظ (وإن) كان معها حافظ أو (شق الحمل فسرق منه

بالبيت احترازاً عن الصندوق ونحوه كما يأتى (قوله ويسمى اللص الظريف) مأثور عن علي رضي الله عنه مع تفسيره بمن يدخل يده في لقب البيت كما في الزيلعي (قوله لم يقطع في الصحيح) ذكره أيضاً في الفتح والبحر ، ولينظر الفرق بين هذه المسألة ومسألة مالو ألقاه في الطريق ثم أخذه حيث لم يعتبر الشكل فلا واحداً كما اعتبر هناك مع أنه في المسألتين لم يوجد اعتراض يدمعته على المال قبل خروج السارق ، ولعل الفرق أنه هناك تحقق لإخراج المال خفية قبل خروجه ، أما هنا فلا ثم لما خرج وأخذه من القب لم يأخذه من حرز فصار كما إذا أدخل يده في بيت وأخذ تأمل (قوله أو طر صرة خارجة) الصرة : هى الخرقعة التى يشد فيها الدراهم ، يقال صررت الدراهم أصرها صرا : شدتها ، والمراد هنا السك المشدودة التى فيها الدراهم نهر ، (قوله من نفس السك) بيان لقوله صرة ولذا زاد لفظ نفس ثلاثاً يومئ أنها من غيره .

وحاصل صور المسألة أربعة . قال في غرر الأذكار : اعلم أن الصرة إن جعلت نفس السك ، فلما إن جعل الدراهم داخل السك والرباط من خارج أو بالعكس : وعلى التقديرين ، فلما إن طر أو حل الرباط ، فإن طر والرباط من خارج فلا قطع ، وإن طر والرباط من داخل بأن أدخل يده في السك فقطع موضع الدراهم فأخذها من السك قطع للأخذ من الحرز ، وإن حل الرباط وهو خارج قطع لأنه حينئذ لابد أن يدخل يده في السك فأخذ الدراهم ، وإن حل الرباط وهو داخل لا يقطع لأنه لما حل الرباط في السك بقى الدراهم خارج السك وأخذها من خارج . وعند أبى يوسف والأئمة الثلاثة يقطع في الوجوه كلها لأن السك حرزها ، وتام تحميته في الفتح (قوله بفتح القاف) صوابه بكسرها كما في شرحه على المتن والمنع وغيرها والطلبه والقائه ط (قوله أو حلا عليه) أى على البعير ، فلو على الأرض فهى مسألة الجوائق الآتية (قوله لأن السائق الخ) تعليل على النشر المشوش ، فقوله لأن السائق والقائد راجع لقوله أو من قطار وقوله والراعى راجع لقوله من . رعى ط (قوله لم يقصدوا للحفظ) بل يقصد الراعى بخرد الرعى والسائق والقائد ، وكذا الراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة :

وعند الأئمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز ، فيقطع في أخذ الحمل والحمل والجوائق والشق ثم الأخذ وأما القائد فحافظ للجمل الذى زمامه بيده فقط عندنا : وعندهم إذا كان بحيث يراها إذا التفت إليها حافظ لكل محرزة عندهم بقوده فتح . وبه علم أن القائد ليس على إطلاقه عندنا لأنه حافظ مازمامه بيده ، ولم أر التصريح به في غير هذه العبارة تأمل (قوله وإن كان معها حافظ) أى مع ما ذكر من بعير المرعى والقطار والحمل ، وإطلاق محمد عدم القطع في مواشى المرعى محمول على عدم الحافظ ، ولو كان الحافظ هو الراعى اختلف المشايخ . ففى البقال لا يقطع : وهو الذى في المتن عن أبى حنيفة ، وأطلق خواهر زاده ثبوت القطع مع الحافظ . ويمكن التوفيق بأن الراعى لم يقصد لحفظها من السراق ، بخلاف غيره فتح . وفي المجتبى وكثير من المشايخ أفوا بما قاله البقال نهر (قوله وإن شق الحمل) أى جوالقا على الأرض أو على ظهر جمل قهستانی ، وإنما قطع لأن صاحب المال اعتمد الجوائق فكان هاتكا للحرز ، بخلاف ما إذا أخذ الجوائق بما فيه ، وكذا لو سرق من القسطاط فإنه يقطع ، ولو سرق نفس القسطاط لا يقطع بحر ، ويأتى بيانه (قوله فسرق منه) أى أخرج

أو سرق جوالقا) بضم الجيم (فيه) أع ور به يحفظه أو نأثم عليه) أو يقربه (أو أدخل يده في صندوق غيره أو) في (جيبه أو كفه فأخذ المال قطع) في الكل. والأصل أن الحرز إن أمكن دخوله فهتكه بدخوله وإلا فإدخال اليد فيه والأخذ منه.

[فروع] سرق فسطاطا منصوبا لم يقطع ولو ملفوفا أو في فسطاط آخر قطع فتح.

أخرج من حرز شاة لاتبلغ نصاباً فتبعضا أخرى لم يقطع :

سرق مالا من حرز فدخل آخر وحمل السارق بما معه قطع المحمول فقط سراج.

(قال أنا سارق هذا الثوب قطع إن أضاف) لكونه إقرارا بالسرقة (وإن نونه) ونصب الثوب (لا) يقطع

لكونه عدة لإقرارا دور.

مه بيده ما قيمته عشرة دراهم فصاعدا ، فلو خرج الشيء نفسه ثم أخذه لا يقطع ، لأن الإخراج من الحرز شرط فهستانی . وفي حاشية نوح أفندي قيد بالأخذ من الحمل ، لأنه إذا لم يأخذ منه بالنيات بل أخذ من الأرض ماسطاً منه بسبب شقه لا يقطع لأنه لم يأخذ من الحرز أم ومثله في اليعقوبية .

قلت : ويشكل عليه ما لو تقب فدخل وألقى شيئا في الطريق ثم أخذه فإنه يقطع كما مر ، إلا أن يجاب بأن الإلقاء في الطريق هناك معتاد كما مر ، بخلافه هنا فتأمل (قوله أو سرق جوالقا الخ) معناه إذا كان الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق والمنازة والمسجد ونحوه حتى يكون محرزاً بصاحبه فتح (قوله بضم الجيم) أي مع فتح اللام وكسرها وبكسر الجيم واللام : الوعاء المعروف وجمعه كصحنات وجوابق وجوانقات قاموس ونحوه في الصحاح ، وفيهما أن القاف والجيم لا يجتمعان في كلمة إلا معربة أو صوتا (قوله ور به يحفظه) أي يحفظ المسروق من الحيوان والحمل والمتاع ماله أو غيره فهستانی : أي فلا يلزم أن يكون الحافظ رب الجمل أو الحمل ابن كمال : وأفاد أن هذه الجملة الحالية قيد في مسألة القطار أيضا ، وهو ما أفاده الشارح أولا بقوله وإن كان معها حافظ ، وهذا بخلاف مسألة الشئ فقد قال السيد أبو السعود إنه يجب فيها القطع مطلقا ، فإن الجوالق غير محرز ، فاعتبر الحافظ وما فيه محرز به ، ففي شقه وأخذ ما فيه يقطع وإن لم يكن معه حافظ للأخذ من الحرز ، وفي أخذه بجملة لا يقطع إلا أن يكون معه من يحفظه ، وكأنهم إنما تركوا التنبيه على ذلك لوضوحه اه ملحظا (قوله أو يقربه) أي بحيث يراه كما مر (قوله أو أدخل يده) وكذا لو أدخل شيئا آخر يعلق بالمتاع فهستانی (قوله في صندوق) بالقسم وقد يفتح جمعه صناديق كصندوق وعصافير قاموس . وفي المصباح أن الفتح عامي (قوله أو في جيبه) جيب القميص ونحوه بالفتح : طوقه قاموس ، وكذا قال في المصباح : جيب القميص بالفتح ماعلى النحر والجمع أجياب وجيوب ، والمراد بالجيب هنا ما يشق بجانب الثوب لتحفظ فيه الدراهم ، وهل إطلاق الجيب عليه عربي أو عرفي حموي . وفي حاشية أبي السعود أن الأخذ من الثمينة أو الخزام كالأخذ من الجيب (قوله أو كفه) أي بأن وضع شيئا في داخل الكف من غير ربط ولا فهمي مسألة الطر تأمل (قوله فهتكه) الهتك : الخرق والشق (قوله فسطاطا) هو الخيمة (قوله لم يقطع) لأنه ليس محرزاً ، بل ما فيه محرز به فلذا قطع فبإفيه دونه فتح . ونظيره ما لو سرق الجوالق كما مر (قوله ولو ملفوفا) أي ولو كان ملفوفا عنده يحفظه فتح (قوله قطع) أي إذا أخذه من حرز هو مكان أو حافظ (قوله فتبعضا أخرى) أي خرجت من الحرز بنفسها من غير سوقه ولا إخراجها (قوله قطع المحمول فقط) لأنه لا عبرة للحامل ، ألا ترى أن من حلف أن لا يحمل طبقا فعمل حامله لم يحنث جوهرة :

قلت : ولذا لو جلس على المصل طائر عليه نجاسة لانتفست صلاته ، ومثله صبي يستمسك بنفسه ، بخلاف من لا يستمسك لأن المصل يصبر حاملا للصبى والنجاسة (قوله اسكونه إقرارا بالسرقة الخ) المسألة منقولة

وتوضیحه : إذا قیل هذا قاتل زید ، معناه أنه قتله ، وإذا قیل هذا قاتل زیدا معناه أنه يقتله ، والمضارع
 یحتمل الحال والاستقبال فلا یقطع بالشك :
 قلت : فی شرح الوهبانية : ینبئ الفرق بین العالم والجاهل ، لأن العوام لا یفرقون إلا أن یقال یجعل شبهة
 لدرء الحد وفيه بعد .
 (للإمام قتل السارق سياسة) لسعيه فی الأرض بالفساد درر ، وهذا إن عاد ، وأما قتله ابتداء فلیس من
 السياسة فی شیء نهر :
 قلت : وقد مدنا عنه معزیا للبحر فی باب الوطء الموجب للحد أن التفتید بالإمام بفهم أنه لیس للقاصی الحكم
 بالسیاسة فلیحفظ .

فی الفتح وغيره معللة بأن الإضافة علی الحال والنصب علی الاستقبال ، وما هنا علل به فی شرح الوهبانية
 عن التفتیس .

قلت : وتحقیق المقام أن اسم الفاعل لا ینصب للمفعول إلا إذا كان بمعنى الحال أو الاستقبال ، فلو بمعنى الماضي
 مثل أنا ضارب زید أمس وجبت إضافته وتسمى إضافة محضة والفاعل تجوز إضافته ، وتسمى غیر محضة لأسماء بية
 العمل والقطع عن الإضافة كما قرر فی محله . وبه ظهر أن اسم الفاعل حال الإضافة یحتمل أن یشمل معنى الماضي
 أو الحال أو الاستقبال لکن لما كان الأصل فیما كان بمعنى الحال أو الاستقبال هو العمل ، فالأصل فی لمصاف
 أن یشمل معنى الماضي فیکون لإقرارا بأنه سرق الثوب فی الماضي ، ویلزم منه أن یشمل معنى برة أیضا . فی الحال
 فیقطع . أما إذا نصب الثوب لزم أن یشمل معنى الحال أو الاستقبال ، فإن حل علی الحال لزم القطع ،
 وإن حل علی الاستقبال لم یلزم ، فلا یقطع بالشك وتعين حله علی الاستقبال ، فیکون عدة بأنه سوف یسرق هذا الثوب
 لا لإقرارا بأنه هو سارقه فی الحال : أی هذه السرقة المدعی بها فافهم . ووقع فی شرح الوهبانية هنا کلام غیر محرر
 فتدبر (قوله قلت فی شرح الوهبانية الخ) وصارته قلت : والقطع المذكور بإصراره وعدم رجوعه ، أما لورجع
 قبل رجوعه كما تقدم وینبئ أن لا یشمل فی هذا الإطلاق لأن العوام لا یفرقون فیفرق بین العالم والجاهل ، اللهم إلا
 أن یقال یجعل هذا شبهة فی درء الحد ، وفيه بعد ، والله أعلم اه .

أقول : معناه أنه ینبئ أن یشمل التفتیس السابق فی حق العالم ، أما الجاهل فلا یفرق بین كونه بمعنى الماضي
 أو الحال ، وإنما یقصد الإقرار فیقطع مطلقا ، إلا أن یجعل الإعراب شبهة دائرة فی حقه فلا یقطع إذا نون ، وفيه بعد
 لأن التتوین دلیل عدم إرادة الإقرار ، هذا ما ظهر فی فتأمله (قوله وهذا إن عاد) ظاهره ولو فی المرة الثانية ،
 لکن قید بعضهم بما إذا سرق بعد القطع مرتین .

وفی حاشية السيد أبی السعود : رأیت بخط الحموی عن السراجیة مانصه : إذا سرق ثالثا ورابعاً للإمام أن یقتله
 سياسة لسعيه فی الأرض بالفساد اه : قال الحموی : فما یقع من حکام زماننا من قتله أول مرة زاعمین أن ذلك سياسة
 جور وظلم وجهل ، والسیاسة الشرعیة عبارة عن شرع مغلط اه (قوله قلت وقد مدنا الخ) فی کلام قد مدنا هناك
 وفی هذا الباب عند تعزیر المتهم ، والله سبحانه أعلم .

باب كيفية القطع وإثباته

(تقطع بيمين السارق من زنده) هو مفصل الرسغ (ونحسم) وجوبا، وعند الشافعي ندبا فتح (إلا في حر وبرد شديد) فلا تقطع لأن الحد زاجر لامتاع، وبمحيس ليتوسط الأمر (وثن زيت ومؤنته) كأجرة حداد وكلفة حسم (على السارق) عندنا لتسببه، بخلاف أجرة المحضر للخصوم في بيت المال، وقيل على المتمرد شرح وهبانية. قلت: وفي قضاء الخانية هو الصحيح، لكن في قضاء البزازية: وقيل على المدعى وهو الأصح كالسارق ورجله اليسرى من الكعب إن عاد، فإن عاد (ثالثا لا) وحبس) وعزر أيضا بالضرب (حتى يتوب) أي نظهر أمارات التوبة شرح وهبانية، وما روى بقطع ثالثا ورابعا إن صح حمل على السياسة أو نسخ

باب كيفية القطع وإثباته

لما كان القطع حكم السرقة ذكره عقبها لأن حكم الشيء يعقبه بحر (قوله تقطع بيمين السارق) أي ولو كانت شلاء أو مقطوعة الأصابع أو الإبهام، وإن كانت اليمنى مقطوعة قبل ذلك قطعت رجله اليسرى، فإن كانت رجله اليسرى مقطوعة قبل ذلك لم يقطع ويضمن السرقة وبمحيس حتى يتوب جوهره (قوله من زنده) بفتح الزاى وسكون النون (قوله هو مفصل رسغ) الإضافة بيانية. قال في النهر من مفصل الزند وهو الرسغ: قال الجوهري: الزند موصل طرف الذراع وهما زندان الكوع والكرسوع، فالكوع طرف الزند الذي يلي الإبهام والكرسوع طرف الزند الذي يلي الخصر اه ح (قوله ونحسم) بالخاء الملهمة: أي تكوى زيت مغلى ونحوه نهر، ومثله في المغرب وقال مسكين: الحسم الكى بمديدة محماة ثلاثا يسيل دمه (قوله وجوبا) أي كما يفيد قول الهداية، لأنه لو لم يحسم يؤدي إلى التلف فتح، وقد صرح به القهستاني (قوله إلا في حر وبرد شديد) وإلا في حال مرض مفتاح، وقيدته في النبابة بالمرض الشديد أفاده ط عن الحموى (قوله فلا يقطع) إنما ذكره ليفيد أن الاستثناء من قوله تقطع لامي قوله تحسم وإن قرب ذكره ط (قوله ليتوسط الأمر) أي أمر الحر والبرد (قوله ومؤنته) أي مؤنة القطع: أي ما ينفق فيه، وبينها بقوله كأجرة حداد: أي من يباشر الحد وهو القطع هنا، وقوله وكلفة حسم يشمل بيمين الزيت وكذا ثمن حطب وأجرة إناء يغلى فيه الزيت.

[تنبيه] يسن عند الشافعي وأخذ تعليق يده في حقه لأنه عليه الصلاة والسلام أمر به. وعندنا ذلك مطابق للإمام إن رآه، ولم يثبت عنه صلى الله عليه وسلم في كل من قطعه ليكون سنة فتح (قوله كالسارق) عمل هذه الكلمة عقب قوله على المتمرد: قال في شرح الوهبانية: قيل أجرة الشخص أي المحضر للخصوم في بيت المال، وقيل على المتمرد كالسارق إذا قطعت يده فأجرة الحداد والذهن الذي نحسم به العروق على السارق لأنه المتسبب اه ح (قوله من الكعب) أي لا من نصف القدم من معقد الشراك بخلاف الروافض (قوله إن عاد) أي بعد ما قطعت يمينه وإلا بأن سرق مرات قبل القطع يمينه للكل لأنه يكفي بمجد واحد بخنايات أحمد بجنسها كما تقدم بيانه قبل باب الصير (قوله حتى يتوب الخ) أي أو يموت فتح: وفي القهستاني: ومدة التوبة مفوضة إلى رأى الإمام وقيل عمدة إلى أن يظهر سبب الصالحين في وجهه، وقيل يحبس سنة، وقيل إلى أن يموت كما في الكفاية اه ح (قوله ثالثا ورابعا) أي اليد اليسرى ثم الرجل اليمنى (قوله إن صح حمل على السياسة أو نسخ) أشار إلى ما قاله الإمام الطحاوى: تلبينا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها أصلا: قال في الفتح: وفي الميسر الحديث غير صحيح، ولئن سلم

(کن سرق ولہامہ الیسی مقطوعة أو شلاء أو أصبعان منها سواها) سوى الإبهام (أو رجله اليمنى مقطوعة أو شلاء) لم يقطع لأنه إهلاك ، بل يحبس ليتوب :
(ولا يضمن قاطع اليد) (اليسرى) ولو عمدا في الصحيح نهر (إذا أمر بخلافه) لأنه أتلف وأخلف من جهسه

يحمل على الانتساخ لأنه كان في الابتداء تغليظ في الحدود كقطع أيدي العرنيين وأرجلهم وسر أعينهم . ثم قال في الفتح بعد نقله: مثل مذهبا عن علي وابن عباس وعمران هذا قد ثبت ثبوتا لا مرد له ، وبعبارة يقطع صلى الله عليه وسلم أربعة السارق ثم يقطعه ولا يعلمه مثل علي وابن عباس وعمر من الصحابة الملازمين ، ولو عابوا لا بد من علمهم عادة ، فامتناع على رضي الله تعالى عنه إما لضعف ما رواه أو لعلمه بأن ذلك ليس حدا مستمرا ، بل من رأى الإمام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الأرض وبعد الطباع عن الرجوع ، فله قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعتبر أي أن قطع أربعة قتل معنى ، فإذا رأى أن له قتله سياسة فله قتله معنى ، وهذا يشير إلى ما قدمناه من أن له قتله سياسة في الثالثة تأمل (قوله كن سرق الخ) أي كما لا يقطع بل يحبس حتى يتوب من سرق الخ ، لأن القطع حينئذ نفويت جنس المنفعة بطشا وذلك إهلاك ، وفوت الأصبعين منها يقوم مقام فوت الإبهام في قصاص البطش بخلاف فوت واحدة غير الإبهام لم قيد باليسرى لأن اليمنى لو كانت شلاء أو ناقصة الأصابع قطع في صاهر الرواية ، لأن استيفاء الناقص عند تعلل الكامل جائز نهر (قوله أو رجله اليمنى مقطوعة) قيد بقطعها لأن المقطوع لو كان هو الأصابع منها ، فإن استطاع المشي قطعت يده وإلا لا كما في البحر عن السراج ، وقيد باليمنى لأنه لو كانت رجله اليسرى مقطوعة قطع . قال في كافي الحاكم : وإن كانت رجله اليسرى شلاء قطعت يده اليمنى أي لو يده اليمنى أيضا مقطوعة لم يقطع كما قدمناه أول الباب (قوله لم يقطع) أي لم يقطع يده اليمنى في جميع ما ذكرنا نصر عليه في عبارة البيان ، خلافا لما يوهمه كلام العيني والنهر ، حيث قال لا تقطع رجله اليسرى أي . وأجاب ابن الشلبي بأنه محمول على ما إذا سرق ثانيا والحال أن رجله اليمنى مقطوعة فإنه حينئذ لا تقطع رجله اليسرى . قال : وهذا الحمل صحيح ، لكنه بعيد مخالف لما يقتضيه سياق الكلام (قوله لأنه إهلاك) أي بتفويت جنس منفعة البطش أو المشي ، لأنه إذا لم يكن له يد ورجل من طرف واحد لم يقدر على المشي أصلا ، بخلاف ما إذا كان من طرفين فإنه حينئذ يضع العصا تحت إبطه ابن كمال (قوله ولا يضمن) غير أنه يؤدب نهر : أي إن كان عمدا بحر عن الفتح (قوله ولو عمدا) هذا عند الإمام : وقال : إنه يضمن في العمد أرض اليسار . وقال زفر : يضمن مطلقا أي في العمد والخطأ ، والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد من القاطع أن قطعها يجزى نظرا إلى إطلاق النص . أما الخطأ في معرفة اليمين من اليسار فلا يحمل حفرا لأنه بعيد عنهم به مدعيه : وقيل يحمل حفرا . قال في المصنف : هو الصحيح ، والقياس ، ما قاله زفر نهر (قوله في الصحيح) ظاهره أنه تصحيح لقول الإمام في شموله العمد والخطأ ، وهذا لم يذكره في النهر ، وإنما الذي فيه تصحيح القول بحمل الخطأ حفرا على التفسير الثاني من تفسير الخطأ كما سمعت مع عبارة النهر ، نعم ظاهر الرواية وغيرها اعتداد قول الإمام وهو ظاهر إطلاق المتن فافهم (قوله إذا أمر بخلافه) أي بأن أمره الحاكم بقطع اليمين فقطع اليسرى ، أما لو أطلق وقال أقطع يده ولم يعين اليمنى فلا ضمان على القاطع اتفاقا لعدم المخالفة ، إذ اليد تنطق عليهما ، وكذا لو أخرج السارق يده فقال هذه يميني لأنه قطعه بأمره بحر .

[تنبیه] لم يبين المصنف أن هذا القطع وقع حدا أم لا ، قيل نعم فلا ضمان على السارق لو استهلك العين ، وقيل لا فيضمن في العمد والخطأ كما في البحر والنهر (قوله لأنه أتلف وأخلف الخ) أي فلا يعد إتلافا ، كن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع هداية : وإنما قلنا إنه أخلف لأن اليمنى كانت على شرف الزوال فكانت

ما هو خير منه ؛ وكذا لو قطعه غير الحداد في الأصح .

(ولو قطعه أحد قبل الأمر والقضاء وجب القصاص في العمد والدية في الخطأ وسقط القطع عن السارق) سواء قطع يمينه أو يساره (وقضاء القاضي بالقطع كالأمر) على الصحيح (فلا ضمان) كافي ؟
وفي السراج : سرق فلم يؤخذ بها حتى قطعت يمينه قصاصا قطعت رجله اليسرى (وطلب المسروق منه) المال لا القطع على الظاهر بحر (شرط القطع مطلقا) في إقرار وشهادة على المذهب لأن الخصومة شرط لظهور السرقة (وكذا حضوره) أي المسروق منه (عند الأداء) للشهادة (و) عند (القطع) لاحتمال أن يقر له بالملك فيسقط القطع لاحضار الشهود على الصحيح شرح المنظومة ، وأقره المصنف .
قلت : لكنه مخالف لما قدمه متنا وشرحا فليحذر ، وقد حرره في الترنبلالية بما يفيد ترجيح الأول في التأمل .
ثم مرع على قوله وطلب المسروق إلى آخره فقال (فلو أقر أنه سرق مال الغائب توقف القطع على حضوره

كالفائنة فأخلفها إلى خلف استمرارها ، بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى أي حيث يضمن ، لأنه وإن امتنع به قطع يده لكن لم يعرضه من جنس ما أنلف عليه من المنفعة ، لأن منفعة البطش ليست من جنس منفعة المشي ، وأما إن قطع رجله اليسرى فلا ثم يعرض عليه شيئا فتصح (قوله وكذا لو قطعه غير الحداد) أي بعد أمر القاضي الحداد ، أما إذا صدر ذلك قبل الأمر أصلا فهو مذكور بعد ط .

والحاصل أن القاضي إذا أمر الحداد بقطعه فقطع اليسرى الحداد أو غيره لا يضمن (قوله في الأصح) قال في الفتح : احتراز عما ذكر الإسيبي جاني في شرحه مختصر الطحاوي حيث قال هذا كله إذ قطع الحداد بأمر سلطان . ولو قطع يساره غيره ، ففي العمد القصاص ، وفي الخطأ الدية (قوله ولو قطعه أحد الخ) قال في شرح الطحاوي : من وجب عليه القطع في السرقة فلم يقطع حتى قطع قاطع يمينه ، فهذا لا يخلو إما أن يكون قبل الخصومة أو بعدها قبل القضاء أو بعده ؛ فإن كان قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص في العمد والأرض في الخطأ وتقطع رجله اليسرى في السرقة وإن كان بعد الخصومة قل القضاء فكذلك الجواب إلا أنه لا يقطع رجله في السرقة لأنه لما خصم كان الواجب في اليمنى وقد فانت فسقط وإن كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع وكان قطعه من السرقة حتى لا يجب الضمان على السارق فيا استهلك من مال السرقة أو سرق في يده اه ط عن حاشية الشلبي على الزيلعي : قال : فقول المصنف وسقط القطع الخ تبع فيه شيخه في بخره وقد علمت ما فيه إلا أن يحمل على ما إذا كان القطع بعد الخصومة (قوله قصاصا) احتراز به عن القطع للسرقة فإنه لا يقطع ثانيا لاتحاد المجلس ط أي فيقع هذا القطع عن السرقتين السابقتين بخلاف ما إذا سرق بعد القطع كما مر (قوله قطعت رجله اليسرى) لأنها المثل وقت القطع اه ح (قوله لا القطع على الظاهر) قال في البحر : وأشار الشنقي إلى أنه لا بد من الطلبين لكن في الكشف الكبير أن وجوب القطع حتى الله تعالى على الخلوص ولذا لا يملك المسروق منه الخصومة بدعوى الحد وإثباته ولا يملك العفو بعد الوجوب ولا يورث عنه اه فقد صرح بأنه لا يملك طلب القطع إلا أن يقال إنه لا يملك مجردا عن طلب المال . والظاهر أن الشرط إنما هو طلب المال وتشتط حضرته عند القطع لاطلبه القطع إذ هو حقه تعالى فلا يتوقف على طلب العبد اه : وفي التهر : والظاهر ما جرى عليه الشارح الزيلعي وغيره من الاكتفاء بدعوى المال (قوله على المذهب) وروى عن أبي يوسف أنه في الإقرار لا تشتط المطالبة كما في الفتح (قوله لأن الخصومة الخ) أفاد أن أحد السرقة لا يثبت بدعوى الحسبة تأمل (قوله قلت لكنه مخالف لما قدمه) أي في الباب السابق في قوله وشرط للقطع حضور شاهديها وقته (قوله بما يفيد ترجيح الأول) أي ما تقدم من اشتراط الحضور ، وفي نظره بل مفاده ترجيح ما هنا ، فإن الذي حرره هو ما نقله عن كافي الحاكم من أن ما هنا هو قول الإمام الأخير فيكون

وخاصته ، و (کذا) لو قال سرق هذه الدراهم ولا أدري لمن هي أو لأحبرك من صاحبها لاقطع) لأنه يلزم من جهالة عدم طلبه (و) كل (من له يد صحيحة ملك الخصومة) ثم فرع عليه بقوله (كودع وعاصب) ومرتب ومتول وأب ووصى وقابض على سوم الشراء (وصاحب ربا) بأن باع درهما بدرهمين وقبضهما فسرقا منه لأن الشراء فاسدا بمنزلة المغصوب ، بخلاف معطى الربا لأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد شتى . ولا قطع بسرقة اللقطة خالية .

الأول مرجوعا عنه ، ولذا صحح ما هنا في شرح المنظومة الوهبانية كما حررناه فيها تقدم فافهم (قوله وكل من له صحيحة ملك الخصومة) مثل المالك والأمين والغاصب فإنه يجب عليه حفظ المغصوب كالأمين فيملك الخصومة لأنه لا يقدر على إسقاط الضمان عن نفسه إلا بذلك كما أفاده في الفتح : وشمل ما إذا كان المالك حاضرا أو غائبا كما في النهر عن السراج (قوله ثم فرع عليه) الأول ثم مثل له ط (قوله متول) أى متولى الوقف كما في الزيلعي والفتح ، وعبر في البحر بموتى المسجد ، وهذا يرد ما بحثه في البحر في الباب السابق من أنه لا قطع بسرقة مال الوقف ، وقدمنا الكلام فيه هناك (قوله وقابض على سوم الشراء) لأنه إن سمي الثمن كد مضمونا عليه وإلا كان أمانة بمنزلة المودع ، وعلى كل فيده صحيحة ، ومثل من ذكر كما في الفتح وغيره المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع (قوله بأن باع درهما بدرهمين) الأحسن قول النهر باع عشرة بعشرين وقبضها فسرقا اهـ (تحقق التسبب الموجب للقطع اهـ (قوله لأن الشراء فاسدا) أى الذى منه الربا بمنزلة المغصوب في أكلهما مضمونا ، على ذى اليد بالقيمة (قوله بخلاف معطى الربا) مخالف لقوله ويقطع بطاب المالك لو سرق ماله (قوله لأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد) فيه نظر ، لما في الأشياء من أن الربا لا يملك فيجب عليه رد عنه مادام قائما ، حتى لو أراه صاحبه لا يبرأ منه لأن رد عنه القائمة حق الشرع اهـ . وبه علم أن صاحب الربا في عبارة المصنف وهو الذى قصده لم يملكه بل بقي على ملك المعطى فصار المعطى مالكا والقابض إذا بد فتصح مطالبة كل منهما بمنزلة المغصوب كما هو صريح عبارة المصنف الآتية تبعا للكثرة ولصاحب النهر هنا كلام غير محرم فراجعوه وتدر (قوله ولا قطع بسرقة اللقطة) هذا لم يصرح به في الخالية ، وإنما يفهم منها كما بحثه في البحر .

وعبارة الخالية : رجل التقط لقطة فضاعت منه فوجدها في يد غيره فلا خصومة بينه وبين ذلك الرجل ، بخلاف الوديعة فإن في الوديعة يكون للمودع أن يأخذها من الثاني لأن لقطة الثاني كالأول في ولاية أخذ اللقطة ، وليس الثاني كالأول في إثبات اليد على الوديعة اهـ : قال في البحر : فينبى أن لا يقطع بطلب الملتقط كما لا يخفى اهـ ونبيه أخوه في النهر ، وكذا المقدسى :

واعترضه السيد أبو السعود بأن نوى الخصومة بين الملتقط الأول والثاني لا يدل على أنه لا خصومة بين الملتقط والشارق منه اهـ .

قلت : أى لأن الملتقط يده يد أمانة حتى لا يتمكن أحد من أخذها منه أو دفعها لآخر له أن يستردها منه ، ولو ذكر أحد جلاتها ولم يصدقه الملتقط أنها لا يجوز على دفعها إليه ، فالو لم تكن له يد صحيحة لم يكن له شيء من ذلك ، وهذا يدل على أن له خاصة السارق منه ، بخلاف ما إذا ضاعت منه فاللقطها غيره فإن يد الأول زالت بإثبات يد مثل يده عليها لأن الثاني له ولاية أخذها فليس للأول بعد زوال يده خاصة الثاني : وأما الوديعة إذا ضاعت من المودع فإن له خاصة ملتقطها إذ ليس له إثبات يد عليها كالمودع ، ولعل وجه الفرق بين المودع والملتقط الأول مع أن كلا منهما يده يد أمانة أن يد المودع أقوى لأنها بإذن المالك فكانت يده يد المالك ، بخلاف يد الملتقط ،

(ومن لا) يده له صحيحة (فلا) يملك الخصومة ، كسارق سرق منه بعد القطع لم يقطع بخصومة أحد ولو مالكا لأن يده غير صحيحة كما يأتي آنفا .

(ويقطع بطالب المالك) أيضا (لو سرق منهم) أي من الثلاثة وكذا يطلب الرهن مع غيبة المرتين على الظاهر لأنه هو المالك (لا يطلب المالك) العين المسروقة (أو) يطلب (السارق لو سرق من سارق بعد القطع) لسقوط عصمته .

(بخلاف ما إذا سرق) الثاني من السارق الأول (قبل القطع) أو بعد مادري بشبهة (فإن له ولرب المال القطع) لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم توجد

والله تعالى أعلم (قوله سرق منه) بالبناء للمجهول والجملة صفة لسارق ، وقوله بعد القطع : أي قطع السارق الأول ، وقوله لم يقطع : أي السارق الثاني وقوله لأن يده : أي يد السارق الأول (قوله كما يأتي آنفا) أي قريبا وهو بكسر النون ، ويجوز في أوله المد والقصر ، وقريئ بهما كما في القاموس (قوله ويقطع بطالب المالك) شمل ما إذا حضر المسروق منه أو لم يحضر وعن محمد أنه لا يده من حضوره وظاهر الرواية الأول كما في النهر والزبلي (قوله أي من الثلاثة) هم المودع والناصب وصاحب الربا زبلي وغيره ولا يخفى أن المراد بالمالك في مسألة الربا هو المعطى لأنه باق على ملكه ، فهذا صريح في أنه يقطع السارق يطلبه خلافا لما تقدمه عن الشئ ، ومثل الثلاثة غيرهم ممن مر كما في المنتج وغيره (قوله وكذا يطلب الرهن) أي إذا كانت العين قائمة وقد قضى الدين ، أما إذا لم يقضه أو استهلك السارق العين فلا قطع بخصومته لأنه قبل الإيفاء لاحق له في المطالبة بالعين ، وبالإستهلاك صار المرتين مستوفيا لدينه : قال الزبلي : وينبغي أن يقطع بخصومته فيما إذا زادت قيمة الرهن على دينه بما يبلغ نصابا لأن له المطالبة بما زاد كالوديعة ، وانرضاه في الفتح وهو المذكور في غاية البيان نهر أي أن له مطالبة السارق بعد الملاك بما زاد كما عبر به الزبلي ، فليس المراد أن له مطالبة المرتين ، إذ ليس له ذلك (قوله لا يطلب المالك الخ) أي لا يقطع السارق الثاني يطلب الخ (قوله لو سرق) قيد لطلب المالك وطلب السارق (قوله بعد القطع) أي قطع الأول (قوله لسقوط عصمته) أي المال لأنه لا ضمان على السارق بعد ما قطعت بمجته كما يذكره المصنف . قال في الفتح : وقال مالك والشافعي في قول يقطع بخصومة المالك ، لأنه سرق نصابا من حرز لأشبهة فيه .

ولنا أن المال للم لا يجب على السارق ضمانه كان ساقط التقوم في حقه ، وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان له ، قيد السارق الأول ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه اه (قوله أو بعد مادري بشبهة) كدعواه أنه ملكه ونحو ذلك كما يأتي :

واعترض بأن هذا يخفى عنه قوله قبل القطع : وفيه أن المتأخر من قوله قبل القطع كون القطع لازما له وهذا ساقط عنه بشبهة ، نعم يعلم حكم الساقط بالأولى ، لكنه تابع الهداية لزيادة الإيضاح فانهم (قوله فإن له) أي للسارق الأول (قوله لأن سقوط التقوم ضرورة القطع الخ) كذا في الهداية ، وهو برفع ضرورة على أنه خبر أن أو ينصبه على أنه مفعول لأجله والخبر محذوف أي ثابت لضرورة القطع : أي أنه أمر ضروري للقطع : أي أنه يلزم من وجوب القطع سقوط الضوم لا ينفك عن القطع ولا يوجد بدونه ، لأن عدم سقوطه ينافي وجوب القطع كما يأتي بيانه ، هذا ما ظهر لي : وفي هذا التعليق إشارة إلى الرد على ما قاله الكرخي والطحاوي من إطلاق عدم القطع سواء قطع الأول أولا كما قدمناه أول كتاب السرقة .

قلت : ومفهوم هذا التعليق أن المراد بقوله قبل القطع ما إذا لم يقطع الأول أصلا ، ويدل عليه ما يأتي من أنه لا فرق في عدم الضمان بين هلاك العين واستهلاكها قبل القطع أو بعده ، فإذا لم تكن مضمونة بالاستهلاك قبل

فصار كالتغاصب ، ثم بعد القطع هل للأول استرداده ؟ روايتان ، واختار المالک .
(سرق شيئا ورده قبل الخصومة) عند القاضي (إلى مالكة) ولو حكما كأصوله ولو في غير عياله (أو مالكة)
أى المسروق (بعد القضاء) بالقطع ولو بية مع قبض (أو ادعى أنه ملكه) وإن لم يبرهن للشبهة (أو نقصت
قيمته من النصاب) بنقصان السعر في بلد الخصومة (لم يقطع) في المسائل الأربع .
(أقرأ بسرقة نصاب ثم ادعى أحدهما شبهة) مسقطه للقطع

القطع ، معنى ثم قطع نحقق سقوط التقوم : فعلم أن التقوم لا يسقط إلا إذا لم يوجد قطع أصلا تأمل (قوله فصار
كالتغاصب) أى في أن له يدا صحيحة هى يد الضمان (قوله ثم بعد القطع الخ) أى قطع السارق الأول والأولى ذكر
هذا قبل قوله بخلاف ما إذا سرق الخ (قوله روايتان) إحداهما له استرداد المسروق من السارق اثنتى لحاجته
إلى الرد الواجب عليه ، والأخرى لأن يده ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك ففتح (قوله واختار المالک الخ)
أى اعذر أن القاضي رده من يد الثانی إلى المالک إن كان حاضرا وإلا حفظه له كما يحفظ أموال العيب ، ولا يرد
إلى الأول ولا يبقيه مع الثاني لظهور خيانة كل منهما (قوله ورده قبل الخصومة) أى الدعوى وشهادة امرئة
عليها أو الإقرار ، وقيد بالرد قبل الخصومة لأنه لو رده بعدها سواء قضى بالقطع أو لا فإنه يقطع سر (قوله
ولو حكما كأصوله ولو في غير عياله) أى كوالده وجده ووالدته وجدته لأن هؤلاء شبهة المثل وثبت به شبهة
الرد بخلاف ما إذا رده إلى عياله أصوله لأنه شبهة الشبهة ومضى غير معتبرة . ومن الرد الحكيم الرد إلى فرعه وكن
ذى رحم محرم منه إن كانوا في عياله والرد إلى مكانه وعنده بحر ، وكذا إلى زوجته وأجبره مشاهرة ، وهو الذى
يسمى غلامه أو مسانبة ففتح ، وتماه فيه (قوله أو ملكه بعد القضاء بانقطع) لأن الإمضاء من القضاء في الحدود
أى فالملك الحادث في هذه الحالة كالملك الحادث قبل القضاء ، لأن القاضي لما لم يحض صار كأنه لم يقض فلا يستوفى
القطع كما قبل القضاء ، وهذا لأن القاضي لا يخرج عن عهدة القضاء في باب الحدود بمجرد قوله قضيت بل بالاستيلاء
جلدا أو رجما أو قطعاً فلا جرم كان الإمضاء من القضاء ، بخلاف حقوق العباد فإنه بمجرد قوله قضيت يخرج
عن عهدة القضاء ، وإن السارق لو قطع بعد الملك قطع في ملك نفسه اط عن الشاي (قوله ولو سرق مع قبض)
هكذا وقع التقييد بالقبض في الهداية .

ولفائل أن يقول : لا يشترط القبض لأن الهبة تقطع بالخصومة ، لأنه ما كان يجب ليخاصم فليتأمل شردلالية :
قلت : وهو بحث مخالف للمنقول مع أنه غير معقول فهو غير مقبول ، ودلائل أن الخصومة قد وجدت
لأن الكلام فيما بعد القضاء بالقطع ، لكنهم عدوا ملك المسروق بعد القضاء شبهة الهبة بدون قبض لا تعيد
الملك فلم توجد الشبهة ، ولم يقل أحد باشرط خصومة أخرى بعد القضاء بالقطع بل طلبه القطع غير شرط على الظاهر
كما مر ، نعم بشرط حضوره عنده القطع كما تقدم فافهم (قوله أو ادعى أنه ملكه) أى بعد ما ثبت السرقة
عليه بالينة أو بالإقرار بحر (قوله للشبهة) هى احتمال صدقه ولذا صرح رجوعه بعد الإقرار (قوله أو نقصت قيمته)
أى بعد القضاء ، لأن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الإعضاء لما ذكرنا (قوله بنقصان السعر)
أى لا بنقصان العين ، لأن العين لو نقصت فإنه يقطع لأنه مضمون عليه فكل النصاب عينا ودنيا كما إذا استهلكه
كله ، أما نقصان السعر فغير مضمون فافتراق بحر ، والمراد بنقصان العين فوات بعضها أو حدوث عيب فيها
كما قدمناه أول كتاب السرقة (قوله في بلد الخصومة) أى وإن كان في البلاد التى سرق فيها لم ينقص لما قدمه أول
السرقة من أن المعتبر القيمة وقت السرقة ووقت القطع ومكانه (قوله أقرأ بسرقة نصاب) أى أقرأ اثنتان أنهما

(لم يقطعاً) قيد لإقرارهما، لأنه لو أقر أنه سرق وفلان فأنكر فلان قطع المقر قوله قتلنا أنا وفلان .

(ولو سرقا وغاب أحدهما وشهد) أى شهد اثنان (على سرقتهما قطع الحاضر) لأن شبهة الشبهة لا تعتبر .

(ولو أقر عدد) مكلف (بسرقه قطع وترد السرقة إلى المسروق منه) لو قاعة (كما لو قامت عليه بيعة بذلك)

لكن (بشرط حصرة مولاة عبد لإقامتها) خلافاً للثاني لأحد إقراره بعد اتفاقاً .

(ولا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه) هذا لفظ الحديث دور وغيرها، ورواه السكال «بعد قطع يمينه»

(وترد العين لو قاعة) وإن باعها أو وهبها لقاتها على مالكها (ولا فرق) في عدم الضمان (بين هلاك العين

واستهلاكها في الظاهر) من الرواية . لكنه يبقى بأداء قيمتها ديانة . وسواء كان الاستهلاك (قبل القطع أو بعده)

بشرط حصوله . إذ لا بد أن يصيب كلاهما نصاب كما قدمه المصنف (قوله لم يقطعاً) أى المدعى والأخر

لأنها سرقة واحدة فلا تكون موجبة للقطع وغير موجبة (قوله قطع المقر) أى وحده . لأن إقراره على غيره

لم يصح تشكيده فلم توجد الشركة في السرقة (قواء لأن شبهة الشبهة لا تعتبر) قال الزيلعي : وكان أبو حنيفة أولاً

يقول لا يثبت عليه القطع لأن الغائب ربما يدعى الشبهة عند حضوره ثم رجع وقال يقطع لأن سرقة الحاضر تثبت

بالحجة فلا يعتبر الموهوم . لأنه لو حضر وادعى كاشبهة واحتال المدعى شبهة الشبهة فلا تعتبر أح

(قوله ولو أقر عبد مكلف الخ) أما لو كان صغيراً لم يقطع ويرد المال لو قائماً وكان مأذوناً، وإن هالكاً يضمن

وإن كان محجوراً وصدقه المولى برد المال إلى المسروق منه لو قائماً، ولو هالكاً فلا ضمان ولا بعد العلق بحر

(قوله قطع) لأن إقراره بالدين على نفسه وبالحدود والقصاص صحيح من حيث أنه أدى لأنه لانه فيهِ، وإذا صح

بالقطع صح بالمال بناء عليه، ولا فرق بين كون العبد مأذوناً أولاً، صدقه المولى أولاً، وتماحه في البحر (قوله

لو قاعة) فهو مستهلك فلا ضمان ويقطع اتفاقاً بخر (قوله كما لو قامت عليه بيعة بذلك) أى فإنه يقطع بالطريق

الأخر ويرد المال إلى المسروق منه بحر (قوله ولا غرم على السارق) التعبير بالغرم يفيد أن المسروق غير باق

هو قائماً بغيره بالرد . يقول المصنف بعد ويرد العين تصريح بمفهوم قوله ولا غرم ط (قوله وغيرها) كالخداية

(قوله ورواه السكال بعد قطع يمينه) عزاد إلى الدارقطني . لكن عزاد العلامة نوح إلى الدارقطني أيضاً بإفظ

الملك والمعنى واحد فإن ما مصلودية . وأعل الحديث بالإرسال وبجهاالة بعض رواته . وجوابه مبسوط في الفتح

وحاشية نوح على الدرر، واستدلوا بعد الحديث بالمعقول أيضاً . قال في الفتح ولأن وجوب الضمان ينافي القطع

لأنه يتماحكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ . فتبين أنه أخذ مادكه فلا يقطع في مادكه أمكن القطع ثابت

قطعاً . فإ يؤدي إلى انتفائه وهو الضمان فهو المتبقي (قوله ليقاها على مالكها السكال) وإذا قال في الإيضاح قال

أبو حنيفة لا يعمل للسارق الانتفاع بها بوجه من الوجوه، وكذا لو خاطها قبيحاً لا يخل له الانتفاع به لأنه ملكه

بوجه محظور، وقد تعذر إيجاب القضاء به فلا يعمل الانتفاع، كمن دخل دار الحرب بأمان وأخذ شيئاً من أموالهم

لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة، وكالباعى إذا أنلف مال العادل ثم تاب فتح (قوله في الظاهر من الرواية)

وفي رواية الحسن لا يظهر سقوط العصمة في حق الاستهلاك (قوله لكنه يبقى الخ) قال في الفتح وفي المبسوط :

روى هشام عن محمد أنه إنما يستط الضمان عن السارق قضاء وتعذر الحكم بالمخاللة . فأما ديانة فيلحق بالضمان

للحقوق والخسران والتقصان للمالك من جهة السارق (قوله قبل القطع) يعنى ثم قطع . لأن انتفاء الضمان إنما هو

بسبب القطع كما علمت ، وقدم الشارح أيضاً أن سقوط التقوم سرورة القطع (قوله أو بعده) لكن يفرق بينهما

بما في السكالي لو كان قبل القطع ، فإن قال المالك أنا أنضمه لم يقطع عندنا . وإن قال أنا أخسار القطع يقطع

يجب . وفيه لو استهلك المشتري منه أو الموهوب له فالمالك تضمينه (ولو قطع لبعض السرقات لم يضمن شيئا) وقالوا يضمن ما لم يقطع فيه .

(سرق ثوبا فشقه نصفين ثم أخرجه قطع إن بلغت قيمته نصابا بعد شقه ما لم يكن إتلافا) بأن ينقص أكثر من نصف القيمة فله تضمين القيمة فيملكه مستندا إلى وقت الأخذ فلا قطع زيلعي . وهل يضمن نقصان الشئ مع القطع ؟ صحح البخاري لا . وقال الكمال : الحق نعم ؛ متى اختار تضمين القيمة يسقط القطع لما مر . (ولو سرق شاة فذبحها فأخرجها لا) لما مر أنه لا قطع في اللحم (وإن بلغ لحمها نصابا) بل يضمن قيمتها .

ولا يضمن اه . قال في البحر لأنه في الأولى تضمن رجوعه عن دعوى السرقة إلى دعوى المال (قوله فللمالك تضمينه) أي تضمين المشتري أو الموهوب له ثم يرجع المشتري على السارق بالثمن لا بالقيمة تاريخانية عن المحيط وفيها عن شرح الطحاوي : لو قطع ثم استهلكه غيره كان للمسروق منه أن يضمه قيمته ه ومنه في النهر عن السراج . وظاهره أن غير المشتري والموهوب له مثلها ، لكن ذكر في التاريخانية أيضا ؛ لو أودعه عند غيره فهلك الأصل فيه أن كل موضع لو ضمنه المالك له أن يرجع على السارق فليس له أن يضمه . وفي كل موضع لو ضمنه لارجع على السارق فله أن يضمه والذي يرجع عليه المودع والمستأجر والمرتب اه .

قلت : ووجهه ظاهر ، لأن ما يثبت فيه الرجوع على السارق يلزم منه أن يكون مضمونا على السارق بعد القطع مع أنه غير مضمون عليه بخلاف ما لا رجوع فيه عليه لكن هذا التفصيل ظاهر في الهلاك وإذا فرض المسألة فيها لو أودعه فهلك ، بخلاف الاستهلاك فإن المستهلك تمتد فلا رجوع له على السارق أصلا لا فرق بين كونه مشتريا أو مودعا أو مستأجرا ، نعم للمشتري الرجوع بالثمن على السارق لأنه لما استهلكه وضمن قيمته منكم من وقت الاستهلاك فيرجع على السارق بما دفعه إليه من الثمن لا بالقيمة ، لظهور أن مادفعه إليه لا يملك قبضه فيرجع به لا بما ضمن ، فاعتمد تحرير هذا المحل فإنه من قبض المولى عر وجل (قوله ولو قطع الخ) أي لو سرق سرقات فقطع في أحدها بخصوصة صاحبها وحده فهو : أي ذلك القطع بجميعها ولا يضمن شيئا لأرباب تلك السرقات عده : وقالوا يضمن كلها إلا التي قطع فيها ، فإن حضروا جعلا وقطعت يده بخصوصتهم لا يضمن شيئا من السرقات بالاتفاق فتح (قوله ثم أخرجه) ولو شقه بعد الإخراج قطع اتفاقا نهر ، وهو مفهوم بالأولى (قوله قطع) أي عندها خلافا لأبي يوسف . وعمل الخلاف ما إذا شقه فاحشا وهو ما بقوت به بعض العين وبعض المنفعة على الأصح ، واختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب قطع عندها خلافا له . أما إذا اختار تضمين القيمة وترك الثوب فلا قطع اتفاقا أما السر وهو ما يتبع به فقط فيقطع فيه اتفاقا نهر (قوله فله تضمين القيمة) أي من غير خيار بحر : أي ليس له تضمين النقصان والقطع (قوله فيملكه) أي السارق ، فصار كما إذا ملكه إياه لدية بعد القضاء لا يقطع على مانع فتح (قوله وهل يضمن الخ) أي فيها إذا شقه نصفين ولم يكن إتلافا (قوله صحح البخاري لا) أي لا يضمن كيلا يجتمع القطع مع الضمان (قوله وقال الكمال الحق نعم) حيث قال : والحق ما ذكر في عامة الكتب الأهلية أنه يقطع ويضمن النقصان إلى أن قال وجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لأن ضمان النقصان وجب بإتلاف ما فات قبل الإخراج والقطع بإخراج الباقي فلا يمنع ، كما لو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمتها نصاب (قوله ومتى اختار تضمين القيمة) أي فيها إذا كان الشئ فاحشا ، إذ لو كان يسيرا يقطع بالاتفاق كما قدمناه قال في الهداية إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة (قوله لما مر) أي قريبا من أنه يملكه مستندا إلى وقت الأخذ (قوله فذبحها فأخرجها) قيد بالإخراج بعد الذبح ، لأنه لو أخرجهما حية وقيمتها عشرة ثم ذبحها يقطع وإن انصمت قيمتها

(ولو فعل ماسرق من الحجرين وهو قدر نصاب) وقت الأخذ (دراهم أو دنائير) أو آتية (قطع وردت) وقالوا : لآرتد لتقوم الصنعة عندهما خلافا له : وأما نحو النحاس لو جعله أواني ، فإن كان يباع وزلا فكل ذلك ، وإن عددا فهي للسارق اتفاقا اختيار .

(ولو صبغه أحر أو طحن الخنطة) أو لت السويق (فقطع لآرد ولا ضهان) وكذا لو صبغه بعد القطع بحر خلافا لما في الاختيار (ولو) صبغه (أسود رده) لأن السواد نقصان خلافا للثاني وهو اختلاف زمان لآرهان . (سرق في ولاية سلطان ليس لسلطان آخر قطعه) إذ لا ولاية له على من ليس تحت يده ، فليحفظ هذا الأصل . (إذا كان للسارق كنفان في معصم واحد) قبل يقطعان ، وقيل (إن تميزت الأصلية وأمكن الاقتصار على قطعهما لم يقطع الزائد) لأنه غير مستحق لتقطع (ولا) تكن متميزة (قطعا هو المختار) لأنه لا يتمكّن من إقامة الواجب إلا بذلك سراج ، والله تعالى أعلم .

بالبيع طعن الحموى (قوله من الحجرين) أى الذهب والفضة (قوله دراهم) مفعول فعل (قوله لتقوم الصنعة عندهما خلافا له) وأصل الخلاف في الغاصب هل يملك الدراهم والدنائير بهذه الصنعة أم لا بناء على أنها معقودة أم لا ، ثم وجوب القطع عنده لا يشكل لأنه لم يملكها على قوله . وأما على قولهما فقبل لا يجب القطع لأنه ملكها قبله ، وقيل يجب لأنه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه ، وعلى هذا الخلاف إذا اتخذ حليا أو آتية زيلعى (قوله فهي للسارق اتفاقا) لأن هذه الصنعة بدلت العين والاسم بدليل أنه تغير بها حكم الربا حيث خرجت عن كونها موروثا ، بخلاف مسألة الذهب والفضة بقاء الاسم مع بقاء العين كما كانت حكما ، حتى لا يصح بيع آتية فضة وزنها عشرة بأحد عشر كذا يفاد من التبع (قوله فقطع) إنما قطع باعتبار سرقة الثوب الأبيض وهو لم يملكه أبيض بوجه ما والمملوك للسارق إنما هو المصبوغ ، وكذا يقطع بالخنطة وإن ملك الدقيق بحر (قوله لآرد) أى حال قيامه ولا ضهان : أى حال استهلاكه . وهذا عندهما . وقال محمد : يرد الثوب ويأخذ ما زاد الصبغ لأن حين ماله قائم من كل وجه . ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى ، بدليل أن المسروق منه لو أخذ الثوب بضمن الصبغ وحق المالك قائم صورة لآمعنى بدليل أنه غير مضمون على السارق نهر (قوله خلافا لما في الاختيار) أى من أنه لو صبغه بعد القطع يرد ، وهو يخالف لقول الهداية : فإن سرق ثوبا فقطع فصبغه أحر لم يؤخذ منه ، ولقول محمد سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحر لم يؤخذ منه ، فإنه دليل على أنه لآرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده زيلعى وتبعه في البحر والنهر .

قلت : لكن قول محمد وقد صبغه جملة حالية فن ابن يفيد كون الصبغ بعد القطع . ثم رأيت سعد جلبي اعترض الزيلعى بأن عبارة الهداية ليست كما نقله اه .

قلت : لأن عبارة الهداية هكذا : فإن سرق ثوبا فصبغه أحر ثم قطع الخ فعبارة الهداية مساوية لعبارة المصنف والكفر . وقد ذكر الزيلعى أن ماى الكفر ذكر مثله في المحوط والكافي ، ولا يخفى أن هذه العبارة تؤيد ما في الاختيار ولم يبق لدعوى الزيلعى دليل ، فالاعتقاد على ما قالوه لآعلى ما قاله فتنه (قوله خلافا للثاني) لأن السواد زيادة عنه كالحمرة . وعند محمد زيادة أيضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حتى المالك . وعند أبى حنيفة السواد نقصان ولا يوجب انقطاع حتى المالك هداية (قوله وهو اختلاف زمان الخ) فإن الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسونه في زمنها فتح (قوله سرق في ولاية سلطان الخ) ذكره مع تعليقه في الدرر : وقال في الشرنبلالية : ذكره في الفيض . وفي مختصر الظهيرية معزوا إلى الإمام الأجل الشهد (قوله إذ لا ولاية له الخ) أى في وقت السرقة ، إذ لآشك أنهما في وقت الدعوى تحت يده وهل كذلك بقية الحدود والقصاص أيضا لم آره ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(باب قطع الطريق) وهو السرقة الكبرى

(من قصده) ولو في المصر ليلا به بقى (وهو معصوم على) شخص (معصوم) ولوذميا، فلو على المستأمن فلاحد (فأخذ قبل أخذ شيء أو قتل) نفس (حبس)

باب قطع الطريق

أى قطع المارة عن الطريق فهو من الحذف والإيصال، أو المراد بالطريق المارة من إطلاق المحل على الحال أو الإضافة على معنى في: أى قطع في الطريق: أى منع الناس المرور فيه، أخرجه عن السرقة لأنه ليس سرقة مطلقة لأن المتبادر منها الأخذ خفية عن الناس، وأطلق عليه اسمها مجازا لضرب من الإخفاء وهو الإخفاء عن الامام ومن نصبهم لحفظ الطريق، ولذا لا يطلق عليه اسمها إلا مقيدة بالكبرى ولزوم التقيد من علامات الحجاز كما في الفتح، وسميت كبرى لعظم ضررها لكونه على عامة المسلمين أو لعظم جزائها (قوله من قصده) أى قصده قطع الطريق، وعبر بمن ليفيد أنه لا يشترط كون القاطع جماعة، فيشمل ما إذا كان واحدا له منعة بقوته وتحدثه كما في التهستانی والفتح، وشمل العبد، وكذا المرأة في ظاهر الرواية إلا أنها لا تنصب كما سيأتى (قوله ولو في المصر ليلا) أى سلاح أو بدونه وكذا نهارا لو سلاح كما سيأتى، وهذا هو رواية عن أبي يوسف أفنى بها المشايخ دفعا لشر المغلبة المفسدين كما في التهستانی عن الاختيار وغيره، ومثله في البحر. أما ظاهر الرواية فلا بد أن يكون في صحراء دارنا على مسافة السفر فصاعدا دون القرى والأصبار ولا ما بينهما كما في التهستانی.

وفي كافي الحاكم: وإن قطعوا الطريق في دار الحرب على تجار مستأمنين أو في دار الإسلام ووضع عاب عسكر الخوارج ثم أتى بهم الإمام لم يحض الحدود عليهم (قوله وهو معصوم) أى بالعصمة المؤبدة هو المسلم أو الذي قهستنى. والعصمة: الحفظ، والمراد عصمة دمه وماله بالإسلام أو عقد الذمة. وفي حاشية السيد أبو السعود مفاده لو قطع الطريق مستأمن لا يعدم، وبه صرح في شرح النقاية معللا بأنه لا يخاطب بالشرائع. وحكى في المحيط اختلاف المشايخ فيه (قوله فلو على المستأمنين فلاحد) لكن يلزمه التميز والحبس باعتبار إخافة الطريق وإخفاؤه ذمة المسلمين فتح. قال في الشر ليلالية: ويضمن المال لثبوت عصمة مال المستأمن حالا وإن لم يكن على التأييد، ومحل عدم الحد بالقطع على المستأمن فيما إذا كان منفردا، أما إذا كان مع القافلة فإنه يجد ولا يصير شبهة، بخلاف اختلاط ذى الرحم بالقافلة كما في الفتح هـ.

قلت: لكن لو لم يقع القتل والأخذ إلا في المستأمن فلاحد كما في الفتح أيضا.

[تنبيه] قد علم من شروط قطع الطريق كونه بمن له قوة ومنعة، وكونه في دار العدل، ولو في المصر ولو نهارا إن كان بسلاح، وكون كل من القاطع والمقطوع عليه معصوما، ومنها كما يعلم ما يأتي كون القطاع كلهم أجباب لأصحاب الأول، وكونهم عقالا بالذين ناطقين، وأن يصيب كلا منهم نصاب تام من المال المأخوذ، وأن يؤخذوا قبل التوبة.

ثم اعلم أن القطع يثبت بالإفرا مرة واحدة. وعند أبي يوسف بمرتبتين ويسقط الحد برجوعه لكن يؤخذ بالمال إن أقربه يثبت بشهادة اثنين بما يثبت أو بالافرا به، فلو لأحدهما بالمعاينة والآخر بالإقرار لا تقبل، ولو قالوا قطعوا علينا وعلى أصحابنا لا تقبل لأنهما شهدا لأنفسهما ولو شهدا أنهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولى يعرف أولا يعرف لا يحددهم إلا بمحض من الحصر ونماه في الفتح آخر الباب (قوله حبس) وما في الخالية من أنه

وهو المراد بالنفي في الآية : وظاهر إن المراد توزيع الأجزاء على الأحوال كما تقرر في الأصول (بعد التبرير) لمباشرة منكر التخويف (حتى يتوب) لا بالقول بل بظهور سيما الصلحاء (أو يموت، وإن أخذ مالا معصوما) بأن يكون لمسلم أو ذمی کافر (وأصاب منه كلا نصاب قطع يده ورجله من خلاف إن كان صحيح الأطراف) لئلا يفوت نفعه وهذه حالة ثانية .

(وإن قتل) معصوما (ولم يأخذ) مالا (قتل) وهذه حالة ثالثة (حدا) لاقصاصا (ف) لهذا (لا يعفوه ولی) ولا يشترط أن يكون (القتل) موجبا للقصاص (أوجوبه جزاء لمحاربهته لله تعالى بمخالفة أمره

يعزى ويغنى سبيله خلاف المشهور فتح ، وأفاد أيضا أن الحبس في بلده لاقى غيرها خلافا لما لك (قوله وهو المراد بالنفي في الآية) لأن النفي من جميع الأرض محال وإلى بلد أخرى فيه إبداء أهلها فلم يبق إلا الحبس والمحسوس يسمى متعبا من الأرض ، لأنه لا ينفع بطبيبات الدنيا ولذاتها ، ولا يجتمع بأقاربه وأحبابه . قال في الفتح قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف في الغرر :

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها فأسنا من الأحياء (۱) فيها ولا الموتى
إذا جاء السجان يوما لحاجة عجبنا وقتلنا جاء هذا من الدنيا

(قوله وظاهر أن المراد الخ) أى وليس المراد مقاله بعض السلف أن الإمام غير في هذه الأجزاء الأربعة بد من المقطوع به أنها أجزءية على جناية القطع المتفاوتة خفة وغلظا ، ولا يجوز أن يرتب على أغاظها أخف الأجزاء المذكورة ، وعلى أخفها أغاظ الأجزاء لأنه مما يدفعه قواعد الشرع والعقل ، فوجب القول بالتوزيع على أحوال الجنائيات لأنها مقابلة بها فاقضت الانقسام . فتقدير الآية أن يقتلوا إن قتلوا ، أو يصلبوا إن قتلوا وأخذوا مناس أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف إن أخذوا المال أو ينفوا إن أخافوا ، وتماه في الفتح والزيلعي (قوله بعد التبرير) أى بالضرب ، وإلا فالحبس تعزير أيضا كما مر في باب (قوله أو يموت) عطف على يتوب (قوله وإن أخذ) أى القاطع أى جنسه السابق بالواحد والأكثر (قوله وأصاب منه كلا نصاب) أى أصاب كل واحد منهم نصاب السرقة الصغرى (قوله إن كان صحيح الأطراف) حتى لو كانت يسراه شلاء لم تقطع يمينه ، وكذا لو كانت رجله اليسرى ولو كان مقطوع اليمنى لم تقطع له يد وكذا الرجل اليسرى تهر ، ومفهومه أنه لو كانت يده اليمنى شلاء أو رجله اليسرى أو كلاهما قطع كما سبق في السرقة الصغرى من أن استيفاء الناقص عند تعلمه الكامل جائز فالمراد بقوله إن كان صحيح الأطراف غير المستحقة للقطع أو الجمع لما فوق الواحد أو مراد بالصحيح ما يقابل المقطوع دون الأشل أفاده السيد أبو السعود (قوله لئلا يفوت نفعه) علة لقوله من خلاف ط (قوله فلذا لا يعفوه ولی) أى لكونه حدا خالص حتى لله تعالى لا يسع فيه عفو غيره ففي دفاعه عصى الله تعالى فنج . قال في فتاوى قاضيه خان : وإن قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصا . وهذا يخالف ما ذكرناه إلا أن يكون ممتناه إذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيئا ومال إلى القتل فلما سدد ذكر في نظيره أنه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن أبان اه والمراد بما سيذكره ما يأتي أنه من الغرائب :

قلت : لكي ما أول به عبارة الخاتمة بعيد ، والأقرب تأويلها بأن المراد بقوله ولم يأخذ المال أى النصاب بل أخذ مادونه وتصبير المسألة حينئذ عين المسألة الآتى أنها من الغرائب (قوله ولا يشترط الخ) أى فيقتل القاتل

(۱) (قوله ليس من الأحياء الخ) أشبهه زيلعي بلفظ : فأسنا من الأموات فيها ولا الأحياء . وهذا أحسن ، وأقنع بههم :

• فأسنا من الموتى فيها ولا الأحياء • ولا يخفى أنه غير موزون .

وبهذا الحل يستغنى عن تقدير مضاف كما لا يخفى .

(و) الحالة الرابعة (إن قتل وأخذ) المال خير الإمام بين ستة أحوال : إن شاء (قطع) من خلاف (ثم قتل أو) قطع ثم (صلب) أو فعل الثلاثة (أو قتل) و صلب أو قتل فقط (وصلب فقط) كذا فصله الزيلعي و صلب (حيا) في الأصح وكيفيته في الجوهره (ويبيع) بطنه (بروح) تشبيرا له ويخصخصه به (حتى يموت ويترك ثلاثة أيام من موته ، ثم يخلى بينه وبين أهله ليدفنوه و (لأكثر منها) على الطاهر وعن الثاني يترك حتى يتقطع (وبعد إقائه الحد عليه لا يضمن ما فعل) من أخذ مال وقتل وجرح زيلعي (وتجري الأحكام) المذكورة (على الكل بمباشرة بعضهم) الأخذ والقتل والإخافة (وحجر وعصا لم كسيف .

(و) الحالة : الخامسة : (إن انضم إلى الجرح أخذ قطع) من خلاف (وهدر جرحه) لعدم اجتماع قطع وصباح

والمعين سواء قتل بسيف أو حجر أو عصا كما يأتي (قوله وبهذا الحل) هو قوله بمخالفة أدركه (قوله عن تقدير مضاف) أى في قوله تعالى - يحاربون الله - وتقدير المضاف أولياء الله اح .

قلت : والأحسن عباد الله ليشمل الذي كما نبه عليه في الفتح .

والحاصل أنه لما كان المخالفة والعصيان سببا للمحاربة أطلقت المحاربة عليها من إطلاق المسبب على السبب (قوله خير الإمام بين ستة أحوال) ترك السابع من الأقسام العقلية وهو ما إذا اقتصر على القطع لأنه لا يجوز ح . أقول : الأقسام العقلية عشرة : لأنه إما أن يقتصر على القطع ، أو القتل أو الصلب ، أو بفعل الثلاثة . وهذه أربعة ، أو يفعل اثنين منها القطع ثم القتل ، أو عكسه والقطع ، ثم الصلب أو عكسه ، والقتل ثم الصلب وعكسه ، فهذه ستة مع الأربعة بعشرة لكن القطع بعد القتل غير مفيد كالزاني إذا مات في أثناء الجلد كما في الربلعي ومثله القطع بعد الصلب (قوله إن شاء قطع من خلاف ثم قتل) أى بلا صلب خلافا لمحمد أنه لا يقطع ولما عن أبي يوسف أنه لا يترك الصلب (قوله ويصحب حيا) أى فيما إذا اختار الإمام صلبه أو فيما إذا قتل بدمه على قول أبي يوسف كذا في الفتح ، أما فيما إذا اختار الجمع بين القتل والصلب ، فلا بد أن يكون القتل سابقا وإلا لم يبق فرق بين الجمع والاقتصار على الصلب (قوله في الأصح) وعن الطحاوي أنه يقتل ثم يصاب توقفا عن المثلة وبأنى جوابه قريبا (قوله وكيفيته في الجوهره) وهى أن تغرز خشبة في الأرض ثم يربط عليها خشبة أخرى عرضا فيضع قدميه عليها ويربط من أعلاها خشبة أخرى ويربط عليها يديه (قوله ويبيع بطنه بروح) كذا في المدابة وغيرها . وفي الجوهره : ثم يطعن بالرمح ثديه الأيسر ويخصخص بطنه إلى أن يموت : وفي الاختيار تحت ثديه الأيسر ، ولا يرد أن في الصلب مثله وهى منسوخة منى عنها لأن الطعن بالرمح معتاد ، فلاثلة فيه ، ولو سلم فالصواب مقطوع بشرعيته فتكون هذه المثلة الخاصة بمقتضى من المنسوخ قطعا فأفاده في الفتح . وفيه أيضا ولا يصلى على قاطع الطريق كما علم من باب الشهيد (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية لتلافتها بالناس برأى (قوله من أخذ مال) أى إن كان هالكا كما يفيد قوله لا يضمن وذلك لسقوط عصمته بالقطع كما مر في السرقة الصغرى ، أما لو كان المال باقيا برده إلى مالكه كما في الملتقى (قوله وتجري الأحكام المذكورة) من حبس وتعزير أو قطع فقط أو قتل فقط أو تخيير ط (قوله بمباشرة بعضهم) لأنه جزء المحاربة وهى تنحقق بأن يكون البعض ردها للبعض هداية (قوله وحجر) مبتدأ خبره كسيف (قوله لم) أى لقطاع الطريق احترازا عن غيرهم فإنه لا يقتل بالقتل بحجر وعصا لكن القتل هنا ليس بطريق القصاص بل هو حد ، وعن هذا قال في النهر : إن هذه الجملة كاتى قبلها معلومة من قوله قتل حدا إلا أنه أراد زيادة الإيضاح (قوله إن انضم إلى الجرح أخذ) لم يقتصر للجرح ذكر ، فالأولى تعبير الكثر وغيره بقوله وإن أخذ مالا وجرح قطع الخ

(وإن جرح فقط) أى لم يقتل ولم يأخذ نصاباً. قال الزيلعى: ولو كان مع هذا الأخذ قتل فلا حد أيضاً لأن المقصود هنا المال وهى من الغرائب (أو قتل عمداً) وأخذ المال (غتاب) قبل مسكه، ومن تمام توبته رد المال ولو لم يردّه قبل لاحد (أو كان منهم غير مكلف) أو أخرس (أو) كان (ذو رحم محرم من) أحد (المارة) أو شريك مفاوض

(قوله وإن جرح فقط) جواب الشرط قوله الآتى فلا حد كما سنبه عليه الشارح، وهذا شروع فى ست مسائل لاحد فيها وحيث سقط الحد يؤخذ بمقتضى العباد من قصاص أو مال كما يأتى (قوله ولم يأخذ نصاباً) أى بأن لم يأخذ شيئاً أصلاً أو أخذ مادون النصاب لأنه لما كان الأخذ الموجب للحد هو النصاب كان مادونه بمنزلة العدم كما فى البحر وتقدم أن الشرط أن يصيب كل واحد نصاب أى إذا كانوا جماعة، ومثل مادون النصاب الأشياء التى لا قطع فيها كالثأف، وما يتسارع إليه الفساد كما نبه عليه الزيلعى (قوله ولو كان مع هذا الأخذ) أى أخذ مادون النصاب المفهوم من قوله ولم يأخذ نصاباً فافهم (قوله لأن المقصود هنا المال) أى أنه المقصود فى قطع الطريق، وهذا جواب عن طعن عيسى بن أبان فى المسألة أن القتل وحده يوجب الحد فكيف يتمتع مع الزيادة؟ قال الزيلعى: وجوابه أن قصدهم المال غالباً فينظر إليه لا غير، بخلاف ما إذا اقتصر على القتل لأنه تبين أن مقصدهم القتل دون المال فيحلون، فعدلت هذه من الغرائب اهـ.

قلت: ويبان أن قطع الطريق سى سرقة كبرى، لأن مقصود القطع غالباً أخذ المال، وأما القتل فلأنما هو وسيلة إلى أخذ المال، لكن إذا أخافوا فقط أو قتلوا فقد رتب عليه الشرع حداً فيتبع لأنه تبين أنه المقصود دون المال. أما إذا وجد مع ذلك أخذ مال ظهر، أن مقصودهم ما هو المقصود الأصل وهو المال فحينئذ ينظر إليه، فإن بلغ نصاباً لكل منهم وجب الحد لوجود شرطه وإلا فلا حد لعدمه، وحيث لا حد وجب موجب القتل من قصاص أودية ووجب ضمان المائ فافهم (قوله أو قتل عمداً) قيد بالقتل ليعلم حكم أخذ المال بالأولى بحر (قوله ومن تمام توبته رد المال الخ) أى لينقطع به خصومة صاحبه، ولو تاب ولم يردّه لم يذكره فى الكتاب. واختلفوا فيه: فتنبل لا يسقط الحد كسائر الحدود، وقيل يسقط أشار إليه محمد فى الأصل، لأن التوبة تسقط الحد فى السرقة الكبرى بخصوصها للاستثناء فى النص، فلا يصح قياسها على باقى الحدود مع معارضة النص فتح. وظاهره ترجيح القول الثانى، فقول الشارح فقيل لاحد فيه نظر لأنه يفيد ضعفه. والظاهر أن هذا الخلاف عند عدم التقادم لما فى النهر عن السراج: لو قطع الطريق وأخذ المال ثم ترك ذلك وأقام فى أهله زماناً ثم قدر عليه درى عنه الحد لأنه لا يستوفى مع تقادم العهد اهـ. قال فى النهر: وبه علم أن مجرد الترك ليس توبة بل لا بد أن تظهر عليه سببها التى لا تخفى (قوله أو كان منهم غير مكلف) أى صبي أو مجنون لأنها جناية واحدة قامت بالكل فإذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقيين بعض العلة وأنه لا يثبت الحكم كالعمد والمخطئ إذا اشتركا فى القتل حيث لا يجب القود: وعن أبى يوسف يحد الباقون لو باشر القلاء زيلعى (قوله أو أخرس) أى خلافاً لأبي يوسف زيلعى (قوله أو كان ذو رحم محرم) كان تامة وذو فاعل والمراد به أحد اقطاع، وقوله: من أحد المارة متعلق بمحرم والعلة فيه كما فيها قبله، وشمل ما إذا كان المال مشتركاً بين المقتول عليهم أولاً، لكن لم يأخذوا إلا من ذى الرحم المحرم وما إذا أخذوا منه أو من غيره فلا يحلون فى الأصح كما فى النهر وغيره.

[تنبيه] لو كان فى القافلة مستأمن لا يتمتع الحد مع أن القطع عليه وحده يمنعه كما قدمناه، والفرق كما فى الفتح أن الاستئمان فى حق المستأمن إنما كان لخلل فى عصمة نفسه وماله وهو أمر يخصه، أما هنا فهو لخلل فى الحرز والقافلة حرز واحد فبصير كان القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب (قوله أو شريك مفاوض)

ای خنق مراوا ذکره مسکین (قتل به) سیاست لسمیه فی الأرض بالفساد وکل من کان كذلك بلدفع شره بالقتل (ولاً) بأن خنق مرة (لا لأنه كالقتل بالمثل) وفيه القود عند غير أبي حنيفة رحمه الله تعالى .

الشایع عن الجامع الصغير ، فهو قید اتفاق بل غیر المصر یعلم بالأولی وإنما قید به لئلا یقوم أنه لا یكون كذلك فی المصر كما فی قطع الطريق (قوله ای خنق مراوا) أراد مرتین فصاعداً بقرینة قوله الآتی (ولاً) بأن خنق مرة . وفي البحر : قید بتعدد لاله لو خنق مرة واحدة فلا قتل عند الإمام (قوله سياسة) قدما الکلام علیها فی حد الزنا (قوله وکل من کان كذلك) کالوطی والساحر والوعائی والزندیق والسارق كما قد غناه فی أوائل باب التعزیر (قوله عند غیر أبي حنيفة) ای عند صاحبه ومن وافقهما من باقی الأئمة ، أما عند أبي حنيفة فتجب الدية علی عاقلته كما فی البحر والله سبحانه أعلم .

بسم الله وعجده . والصلاة والسلام علی نبیه وعبدہ ، وعلی آله وصحبہ وجندہ . وبعد : فبقول مؤلفه أفقر العباد إلى عمو مرلاه يوم التناد ، محمد أمين الشیخ باین عابدين ، خدام العلوم الشرعیة ، فی دمشق الشام المحمية قد نجز تسويد هذا النصف المبارك ، بعون الله جل وتبارک ، من الحاشية المسماة (رد المختار ، علی الدر المختار) [فی صفر الحیر سنة ثمان وأربعین ومائین وألف ، من هجرة نبینا محمد الذي تم به الألف ، صلی الله علیه وسلم وشرفه وعظمه ، وجاء بحمد الله تعالى مکمل فرعا وأصلا ، ردا للمختار علی الدر المختار اسما وفعلا ، لاشتتاله علی تنقیح عباراته ، ووضیحه رهوزه وإشاراته ، والاعتناء ببيان ماهو الصحيح المعتمد ، وماهو معترض وممتنع ، وتحرير المسائل المشکلة ، والحوادث المعضلة ، التي لم یوضح كثيرا منها أحد قبل ذلك ، ولا سلك مهامه بیانها سالاک مشعونا بذخائر زبر المتقدمین ، وخلاصة کتب المتأخرین ، ورسائلهم المؤلفة فی الحوادث الغریبة ، الجامعة للقول العجیبة ، کرسائل العلامة ابن نجیم الأربعین ، ورسائل العلامة الشریلایة السبین ، وکثیر من رسائل العلامة علی القاری خاتمة الراسخین . ورسائل سیدی عبد الغنی النابلسی الحبر المتین ، ورسائل العلامة قاسم خاتمة المجتهدین ، وحواشی البحر والمنع والأشباه وجامع التصولین للقهامة الشیخ خیر الدین ، وفتاویه الخیریه وفتاوی ابن الشایح والرحیمی ، والشیخ لایعجل ، والفتاوی الزبیدیة والترناشیة والحامدية وفتاوی غیرهم من المفتین وتجویرات شیوحن ومشایخهم المعتمدين ، وما من به الله تعالى علی عبدہ من الرسائل التي ناهزت الثلاثین ، ومانحروته ونقحته فی کتابی تنقیح الفتاوی الحامدية الذي هو بهجة الناظرین ، وغیر ذلك من کتب السادة الأخیار المعتمدين ، مع بیان ماوقع من سوء أو غلط فی کتب الفتاوی وکتب الشارحین ، ولا سيما ماوقع فی البحر والنهر والمنع والأشباه والذکر وکتاب المحشین ، حتی صار بحمد الله تعالى عمدة المذهب ، والطراز المذهب ، ومرجع القضاة والمفتین ، كما یعامه من خاص بأفکاره فی تیاره من العلماء العاملين ، الخالین عن داء الحسد المفضی للجسد الصادقین المنصفین . فدونک کتابا قد أعملت فیہ الفکر ، وأرمت فیہ الجفن السهر ، وغرست فیہ من فنون التحرير أفنانا ، وفقت فیہ من حیون المشکلات أجفانا ، وأودعت فیہ من کنوز الفوائد ، عقود الدرر الفرائد ، وبسطت فیہ من أنفع المقاصد ، أحسن الموائد ، وجاوت فیہ علی منصة الأنظار ، هرائس أبکار الأفكار ، وكشفت فیہ بتوضیح الجبارات ، قناع المخدرات ، ولم أکتف بتلویح الإشارات ، عن تنقیح كشف تحریر الخفیات ، فهو یأتمه الدهر ، وغنمه أهل العصر ، وهذاک إلا بحضرة انعام المولی ، الذي هو بكل حد وشکر أحق وأولی ، حیث أبرز هذه الجواهر المكنونة ، والدرر الفرائد المصونة ، فی میمون أيام خليفة الله فی أرضه ، القائم بواجب حقہ وفرضه ، رافع ألویة انشریة البدیعة وهویدها ، وهوطد أبینتها النیعة والرفیعة ومشیدها ، المجاهد فی سبیل الله حتی جهاده ، والقاطع لدابر الکافرین بحده واجتهاده ، الذي ابلسمت ثغور البلاد ببارقات مرهفاته ، وبکت حیون حیون ذوی العناد بقاهرات عزماته ، وأبدع نظام

کتاب الجهاد

کتاب الجیوش بآرائه السديده ، ورفع أفتدة الأكاسرة القیاصرة بقوة بطشته الشديدة ، یکاد سنا برق طلعهه ینذهب بالأبصار ، وغصن رأفته عیس لیا کیس الأغصان ذات الأزهار ، وتکاد صواعق سطوته تریح صم الجبال ، ومواکب کتائب حوزته تنفی عدد الرمال ، من أنام الأنام فی آیامه فی ظل الأمان ، ورعى الرعية فی مراعى الرعاية والإحسان ، وأثار بتوار ریاض أمنه بلاد المسلمين ، فضاء فضاء صلورهم بنور الیقین ، وأزاح غيوم غموهم برودع المشرکین ، فلاح فلاح قلوبهم لأعين الناظرین ، راح وراح غفلاتهم بإیفاظ النائمین ، فصاح فصاح ألسنتهم بالدعاء له ککل حین :

خليفة خلفت أنوار غرته شمس الضحی وندها یخلف الدیما

سالت فواضله للمعتنی نعماً صالت نواضله للمعتنی نقماً

السلطان الأعظم ، والحقان الأفخم ، تاج ملوک العرب والعجم ، ظل الله فی أرضه للأثم ، محمود الذات ، ممدوح الصفات ، لا زالت دعائم سلطته قائمة ، وعیون الحوادث عنها نائمة ، ولا برحت ریاض عزته مخضرة بدیم الدیومة والأبود ، ورباحین ذریته ریانة بطلاوة الأیبد والخلود ، ولا زالت أعیان دولته من علماته وقضاته ووزرائه ، یزیل نیراس آرائهم دجی الجور بسناه وسناه ، ولا فنت نجیم جتوده الساطعة فی أفلاك سناه ، شهباً نواقب علی مرده أعدائه ، آمین آمین آمین .

وهذا ، وقد تجز هذا السفر المسفر ، عن روض أریض مزهر ، مقابلة وتصحيحاً بحسب الإمكان ، سوى ماشد بعروض سهو أو نسیان ، لا تخلو عنه جيلة الإنسان ، وذلك برسم من أمر باستکتابه ، رغبة فی لیل رضا مولاه وثوابه الإمام الهام ، علی القدر والمقام ، من امتطی الجوازاه بزمام وصال فی مواکب العز وحام ، واشتھر اشتهار البدر فی الظلام ، قاضی قضاء الإسلام ، منفذ القضايا والأحكام بالإتقان والإحکام . ذی الخیرات الحميدة ، والبائر الفريدة التي لا ترام ، مولانا عبد الحلیم أفندی کجه جی زاده القاضی سابقاً بدمشق الشام ، دام فی عز وإنعام . ومجد واحترام ، بحاجه من هو للأنیاء ختام ، وآله وصحبه السادة الکرام ، علیه وعليهم الصلاة والسلام ، فی البدء والختام کتبه أسیر وصیة ذنبه ، الراجی عفوره محمد آمین الشهیر بابن عابدين ، غفر الله تعالى له ولوالديه ولكل المسلمين آمین آمین آمین :

کتاب الجهاد

هذا الکتاب یعبر عنه بالسیر والجهاد والمغازی ، فالسیر جمع سيرة وهي فعلة بكسر الفاء من السیر ، فتکون لیبان هيئة السیر ، وحالته إلا أنها غلبت فی لسان الشرع علی أمور المغازی وما یتملق بها کالمناصک علی أمور الحج وقالوا السیر الکبیر ، فوصفوها بصفة المذکر لقیامها مقام المضاف الذی هو الکتاب کقولهم صلاة الظهر وسیر الکبیر خطأ کجامع الصغیر وجامع الکبیر بحر ،

مطلب فی فضل الجهاد

قلت : والسیر الکبیر والسیر الصغیر کتابان للإمام محمد بن الحسن رحمه الله تعالى علی صیفة جمع سيرة لاعلی صیفة المفرد . هذا وفضل الجهاد عظیم ، کیف وحاصله بذل أعز المحبوبات وهو النفس وإدخال أعظم المشقات علیه تقریبا بذلك إلی الله تعالى وأشق منه قصر النفس علی الطاعات علی الدوام ، ومجانبة هواها . ولذا قال صلی الله علیه وسلم

أورده بعد الحلود لائحاد المقصود ، ووجه الترق غير خفي .

وقد رجع من غزاة «رجعنا من الجهاد الأصغر إلى الجهاد الأكبر» ويبدل عليه أنه صلى الله عليه وسلم أخره في القضية عن الصلاة على وقتها في حديث ابن مسعود قلت: يا رسول الله أى الأعمال أفضل؟ قال: الصلاة على ميقاتها. قلت: ثم أى؟ قال: روالدين. قلت: ثم أى؟ قال الجهاد في سبيل الله ولو استزده زائد في رواه البخارى، وجاء تأخيرها عن الإيمان في حديث أبي هريرة المتفق عليه قال: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أى العمل أفضل؟ قال إيمان بالله ورسوله. قيل ثم ماذا؟ قال: الجهاد في سبيل الله، قيل ثم ماذا؟ قال حج مبرور، ويجب أن يعتبر كل من الصلاة والزكاة مرادة بلفظ الإيمان من عموم الحجاز. ولا تردد في أن المواظبة على أداء فرائض الصلاة في أوقاتها أفضل من الجهاد لأنها فرض عين وتكرر، ولأن الجهاد ليس إلا الإيمان وإقامة الصلاة، فكان حسناً لغيره والصلاة حسنة لعبها وهى المقصودة منه وتماز تحقيق ذلك مع ماورد في فضل الجهاد المذكور في الفتح :

مطلب المواظبة على فرائض الصلاة في أوقاتها أفضل من الجهاد

قلت: رقد نص على ذلك الإمام السرخسي في شرح السير الكبير حيث قال عن أبي قتادة: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخطب الناس، فحمد الله وأثنى عليه ثم ذكر الجهاد فلم يدع شيئاً أفضل من الجهاد إلا الفرائض» يريد به الفرائض التي ثبتت فريضتها عينا وهي الأركان الخمسة، لأن فرض العين آكد من فرض الكفاية، والغواب بحسب كدبة الفرضية، فهذا استثنى الفرائض.

مطلب في تكفير الشهادة مظالم العباد

ثم ذكر أحاديث في أن الشهيد تكفر خطاياہ إلا الدين وقال إذا كان محتسبا صابرا مقبلا قال : وفيه بيان شدة الأمر في مظالم العباد ، قبل كان هذا في الابتداء حين نهى صلى الله عليه وسلم عن الاستدانة لقلة ذات يدهم وعجزهم عن قضائه ، ولهذا كان لا يصل إلى على مديون لم يختلف مالا ثم نسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام : من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلاً أو عيالا فوعل على وورود نظيره في الحج وأنه صلى الله عليه وسلم دعا لأمته برفات ، فاستجيب له إلا المظالم ثم دعا بالشعر الحرام فاستجيب له حتى المظالم فنزل جبريل عليه السلام يخبره أنه تعالى يقضى عن بعضهم حتى البعض ، فلا يبعد مثل ذلك في حق الشهيد المديون :

مطلب فيمن يريد الجواد مع القيمة

ثم ذكر حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه «أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال رجل يريد الجهاد في سبيل الله وهو يريد حرص الدنيا، فقال عليه الصلاة والسلام لا أجر له الحديث. قال: ثم تأويله من وجهين: أحدهما: أن يرى أنه يريد الجهاد ومراجه في الحقيقة المال، فهذا كان حال المنافقين ولا أجر له، أو يكون معظم مقصوده المال وفي مثله قال عليه الصلاة والسلام للذي استعجز على الجهاد بدنياً «إنما لك دينار في الدنيا وآخره» وأما إذا كان معظم مقصوده الجهاد، ويرغب معه في الثمن فهو داخل في قوله تعالى - ليس عليكم جناح أن تنفقوا فضلاً من ربكم - يعني التجارة في طريق المحب فكما أنه لا يحرم ثواب المحب فكذا الجهاد (قوله لا نأخذ المقصود) وهو إخلاء الأرض من الفساد (قوله ووجه الترتي) أي من الحدود إلى الجهاد (قوله غير خفي) لأن الحدود

وهو لغة : مصدر جاهد في سبيل الله .
وشرعا : الدعاء إلى الدين الحق وقتال من لم يقبله شئى . وعرفه ابن السكال بأنه بذل الوسع في القتال في سبيل الله مباشرة أو معاونة بمال ، أو رأى أو تكثير سواد أو غير ذلك اه :
ومن نوابه : الرباط وهو الإقامة في مكان ليس وراءه إسلام هو المختار وصح : أن صلاة المرباط بمسماة وجره بسماعة وإن مات فيه أجرى عليه عمله ورزقه

إخلاء عن الفسق والجهاد إخلاء عن الكفر (قوله مصدر جاهد) أى بذل وسعه وهذا عام يشمل المجاهد بكل أمر معروف ، ونهى عن منكر ح .
قلت : فلم يذكر الشارح معناه لغة بل بين تصريحه (قوله وقتال من لم يقبله) أى قتاله مباشرة أولا فتعريف ابن كمال تفصيل لإجمال هذا ح (قوله في القتال) أى في أسبابه وأنواعه من صرب وهدم وحرق وقطع أشجار ونحو ذلك (قوله أو معاونة الخ) أى وإن لم يخرج معهم بدليل المظط ط (قوله أو تكثير سواد) السواد العدد الكثير وسواد المسلمين جاهدتهم مصباح (قوله أو غير ذلك) كدأوا بالجرحى ونهية المطاعم والمشارب ط .

مطلب في الرباط وفضله

(قوله ومن نوابه الرباط الخ) قال السرخسى في شرح السير الكبير : والمرباطة المذكورة في الحديث عارده عن المقام في ثمر العدو لإعزاز الدين ودفع شر المشركين عن المسلمين وأصل الكلمة من ربط الخيل قال الله تعالى - ومن ربط أنخيل - المسلم يربط خيله حيث يسكن من الثغرى به العدو به وكذلك يفعل عدوه وهذا سبى مرباطة اه واشترط الإمام مالك أن يكون غير الوطن ونظر فيه الحافظ ابن حجر بأنه قد يكون وطنه وينوب بالإقامة فيه دفع العدو ومن ثم اختار كثير من السلف سكنى الثغور (قوله هو المختار) لأن مأذونه لو كان رابطا فكل المسلمين في بلادهم مرباطون وقامه في الفتح .

قلت : لكن لو كان الثغر المقابل للعدو لا يحصل به كفاية الدفع إلا بثغر وراءه فهما رباط كما لا يخفى (قوله وصح الخ) هذا لم يذكره في الفتح حديثا واجدا لأنه قال : والأحاديث في فضله كثيرة منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان رضى الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « رباط يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وإن مات فيه أجرى عليه عمله الذى كان يعمل وأجرى عليه رزقه وأمن القنن » زاد الطبرانى « وبث يوم القيامة شهيدا » وروى الطبرانى بسند ثقات في حديث مرفوع « من مات مرباطا أمن الفزع الأكبر » ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن أبى هريرة « وبثه الله يوم القيامة آمنا من الفزع » وعن أبى أمامة عنه عليه الصلاة والسلام قال « إن صلاة المرباط تعدل خمسين صلاة ونفقة الدينار والدرهم منه أفضل من صماعة دينار ينفقه في غيره » اه (قوله أجرى عليه عمله ورزقه) قال السرخسى وقوله : أجرى عليه عمله نعى له عمله ، وذلك في كتاب الله تعالى - ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله - وقال عليه الصلاة والسلام « من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة فهذا هو المراد أيضا في كل من مات مرباطا إنه يجعل بمنزلة المرباط إلى فناء الدنيا فيها يجرى له من الثواب لأن نيته استدامة الرباط لو بقي حيا إلى فناء الدنيا والثواب بحسب النية اه .

وأمن الفتان وبعث شهيدا آمنا من الفرع الأكبر وتمامه في الفتح (هو فرض كفاية) كل ما فرض لغيره فهو فرض كفاية إذا حصل المقصود بالبعث :

قلت : واهتمناه أن المراد بإجراء العمل دوام ثواب الرباط كما صرح به في حديث آخر ذكره السرخسي ومن قتل مجاهدا أو مات مرابطا فحرام على الأرض أن تأكل لحمه ودمه ولم يخرج من الدنيا ، حتى يخرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه ، وحتى يرى مقعده من الجنة وزوجته من الحور العين وحتى يشفع في سبعين من أهل بيته ويجرى له أجر الرباط إلى يوم القيامة وظاهره أن من مات مرابطا يكون حيا في قبره كالشهيد وبه يظهر معنى إجراء رزقه عليه :

مطلب في بيان من يجري عليهم الأجر بعد الموت

[تنبيه] قال الشارح في شرحه على المتن قد نظم شيخنا الشيخ عبد الباقي الحنبلي المحدث ثلاثة عشر من يجري عليه الأجر بعد الموت على ما جاء في الأحاديث وأصلها للحافظ الأسيوطي رحمه الله تعالى فقال :

إذا مات ابن آدم جاء يجري	عليه الأجر عد ثلاث عشر
علوم بها ودعاء تجل	وغرس النخل والصدقات تجري
ورائة مصحف ورباط ثغر	وحفر البئر أو إجراء نهر
وبيت للغريب بناء يأوى	إليه أو بناء عمل ذكر
وتعلم لقرآن كرم	شهيد للقتال لأجل بر
كذا من سن صالحة ليقى	فعلها من أحاديث بشر

مطلب المراتب لايصال في القبر كالشهيد

(قوله وأمن الفتان) ضبط أمن بفتح الهززة وكسر الميم بلا واو وأومن بضم الهززة وبزيادة واو وضبط الفتان بفتح الفاء أى فتان القبر ، وفي رواية أبي داود في سننه « وأمن من فتان القبر ، وبضمها جمع فتان قال القرطبي : وتكون للجنس أى كل ذى فتنة .

قلت : أو المراد فتان القبر من إطلاق صفة الجمع على اثنين أو على أكثر من اثنين فقد ورد أن فتان القبر ثلاثة أو أربعة وقد استدلل غير واحد بهذا الحديث على أن المراتب لايصال في قبره كالشهيد علقى على الجامع الصغير (قوله هو فرض كفاية) قال في الدر المنقى وليس يتطوع أصلا هو الصحيح فيجب على الإمام أن يبعث سرية إلى دار الحرب كل سنة مرة أو مرتين ، وعلى الرعية إعانته إلا إذا أخذ الخراج فلأن لم يبعث كان كل الإنم عليه وهذا إذا غلب على ظنه أنه يكافئهم وإلا فلا يباح قتالهم بخلاف الأمر بالمعروف قهستانى عن الزاهدى اه (قوله إذا حصل المقصود بالبعث) هذا القيد لا بد منه لئلا ينتقض بالغير العام فإنه معه مفروض لغيره مع أنه فرض عين لعدم حصول المقصود بالبعث نهر .

قلت : معنى أنه يكون فرض عين على من يحصل به المقصود وهو دفع العدو فن كان بخذاء العدو إذا لم يمكنهم مدافعتة يفترض عينا على من يلهم ، وهكذا كاسيأتى ، ولا يخفى أن هذا عند هجوم العدو أو عند خوف هجومه وكلا متا في فرضته ابتداء ، وهذا لا يمكن أن يكون فرض عين إلا إذا كان بالمسلمين قلة واليهاد بالله

وإلا ففرض عين ولعله قدم الكفاية لكثرة (ابتداء) وإن لم يبدؤنا وأما قوله تعالى : - فإن قاتلوكم فاقتلوهم - وتحرر به الأشهر الحرم فنسوخ بالعمومات كاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم (إن قام به البعض) ولو عبدا أو نساء (سقط عن الكل وإلا) يقيم به أحد في زمن ما (أثموا بتركه) أي أثم الكل من المكلفين ،

تعالى بحيث لا يمكن أن يقوم به بعضهم ، فحينئذ يفترض على كل واحد منهم عينا تأمل (قوله ولعله قدم الكفاية) أي الذي هو فرض كفاية على فرض العين ، وهو الآتي في قوله وفرض عين إن حجم العدو (قوله لكثرة) أي كثرة وقوعه (قوله وأما قوله تعالى الخ) جواب عما يرد على قوله ابتداء ، وعلى عدم تقييده بغير الأشهر الحرم ثم اعلم أن الأمر بالقتال نزل مرتبا فقد كان صلى الله عليه وسلم مأمورا أولا بالتبليغ ، والإعراض : - فاصدع بما تؤمر وأعرض عن المشركين - ثم بالمجادلة بالأحسن - ادع إلى سبيل ربك الآية - ثم أذن لهم بالقتال - أذن للذين يقاتلون - الآية ، ثم أمروا بالقتال إن قاتلوهم - فإن قاتلوكم فاقتلوهم - ثم أمروا به بشرط اسلخ الأشهر الحرم - فإذا اسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين - ثم أمروا به مطلقا - وقاتلوا في سبيل الله الآية - واستقر الأمر على هذا سرخصي ملخصا يعني في جميع الأزمان والأماكن ، سوى الحرم كما في القهستاني عن الكرماني ثم نقل عن الخاتبة أن الأفضل أن لا يبتدأ به في الأشهر الحرم اه والمراد بقوله : سوى الحرم إذا لم يدخلوا فيه للقتال فلو دخلوه للقتال حل قتالهم فيه لقوله تعالى - حتى يقاتلوكم فيه - ونعاه في شرح السير (قوله إن قام به البعض) هذه الجملة وقعت موقع التفسير لفرض الكفاية فتح :

مطلب في الفرق بين فرض العين وفرض الكفاية

وحاصله : أن فرض الكفاية ما يمكن فيه إقامة البعض عن الكل لأن المقصود حصوله في نفسه من مجموع المكلفين كتفصيل الميت وتكفينه ورد السلام بخلاف فرض العين ، لأن المطالب بإقامته من كل عين أي من كل ذات مكلفة بعينها ، فلا يكفي فيه فعل البعض عن الباقي ، ولذا كان أفضل كما مر لأن العناية به أكثر ثم إن فرض الكفاية إنما يجب على المسلمين العالمين به سواء كانوا كل المسلمين شرقا ومغربا أو بعضهم قال القهستاني : وفيه رمز إلى أن فرض الكفاية على كل واحد من العالمين به بطريق البديل ، وقيل : إنه فرض على بعض غير معين ، والأول المختار لأنه لو وجب على البعض ، لكان الأثم بعضها مبهما وذا غير مقبول وإلى أنه قد يصير بحيث لا يجب على أحد ، وبحيث يجب على بعض دون بعض ، فإن ظن كل طائفة من المكلفين أن غيرهم قد فعلوا سقط الواجب عن الكل ؛ وإن لزم منه أن لا يقوم به أحد وإن ظن كل طائفة أن غيرهم لم يفعلوا وجب على الكل ؛ وإن ظن البعض أن غيرهم أتى به وظن آخرون أن غيرهم ما أتى به وجب على الآخرين دون الأولين ، وذلك لأن الوجوب هاهنا منوط بظن المكلف ، لأن تحصيل العلم بفعل الغير وعدمه في أمثال ذلك في حيز التعمس ، فالكيف به يؤدي إلى الحرج وتعماه في مناهج العقول وإلى أنه لم يجب على الجاهل به وما في حواشي الكشف للفاضل الفتازاني إنه يجب عليه أيضا فبخالف للمتداولات اه (قوله في زمن ما) مفهومه أنه إذا قام به البعض في أي زمن سقط عن الباقي مطلقا ، وليس كذلك لما تقدم من أنه يجب على الإمام في كل سنة مرة أو مرتين وحينئذ فلا يكفي فعله في سنة عن سنة أخرى (قوله من المكلفين) أي العالمين به كما مر ونظيره أنه لو مات واحد من جماعة مسافرين في مفازة ، فلما يجب تكفينه والصلاة عليه كفاية على باقي رفقاته

ولذلك أن تتوهم أن فرضيته تسقط عن أهل الهند بقيام أهل الروم مثلا بل يفرض على الأقرب فالأقرب من العدو إلى أن تقع الكفاية فلو لم تقع إلا بكل الناس فرض علينا كصلاة وصوم ومثله الجنائز والتجهيز ونماه في الدرر (لا) يفرض (على صبي) وبالغ له أيوان

العالمين به دون غيرهم (قوله وإليك الخ) كذا في شرح ابن كمال ومثله في الحواشي السعدية (قوله بقيام أهل الروم مثلا) إذ لا يتدفع بقتالهم الشر عن الهند المسلمين نهر على الحواشي السعدية ثم قال فيها وقوله تعالى - قاتلوا الذين ياتونكم من الكفار - يدل على أن الوجوب على أهل كل قطر ، ثم قال في موضع آخر - والآية تدل على أن الجهاد فرض على كل من يلى الكفار من المسلمين ، على الكفاية فلا يسقط بقيام الروم عن أهل الهند ، وأهل ما وراء النهر مثلا كما أشرنا إليه اه قال في النهر : ويدل عليه ما في البدائع ، ولا ينبغي للإمام أن يخفى ثنوا من الثغور من جماعة من المسلمين فيهم غناء وكفاية ، لقتال العدو فإن قاموا به سقط عن الباقيين ، وإن ضعف أهل ثغر عن مقاومة الكفرة وخيف عليهم من العدو ، فعلى من وراءهم من المسلمين الأقرب فالأقرب أن يغفروا إليهم ، وأن يمدوهم بالسلاح والكراع والمال لما ذكرنا إنه فرض على الناس كلهم ممن هو من أهل الجهاد ، ولكن سقط الفرض عنهم لحصول الكفاية ببعض فإل يحصل لا يسقط اه .

قلت : وحاصله أن كل موضع خيف هجرم العدو منه فرض على الإمام أو على أهل ذلك الموضع حفظه وإن لم يقدروا فرض على الأقرب إليهم إعتاتهم إلى حصول الكفاية بمقاومة العدو ولا يخفى أن هذا غير مسألنا وهى قتالنا لم ابتداء فإمل (قوله بل يفرض على الأقرب فالأقرب الخ) أى يفرض عليهم عينا وقد يقال كفاية بدليل أنه لو قام به الأبعد حصل المقصود فيسقط عن الأقرب ، لكن هذا ذكره في الدرر فيما لو هجم العدو وعبرة الدرر وفرض عين إن هجموا على ثغر من ثغور الإسلام ، فيصير فرض عين على من قرب منهم ، وهم يقدرون على الجهاد ونقل صاحب النهاية عن النخبة أن الجهاد إذا جاء الثغر إنما يصير فرض عين على من يقرب من العدو ، فأما من وراءهم ببعد من العدو فهو فرض كفاية عليهم ، حتى يسهم تركه إذا لم يحتاج إليهم فإن احتج إليهم بأن عاجز من كان يقرب من العدو عن المقاومة مع العدو أو لم يسجزوا عنها ، لكنهم تكاسلو ولم يجاهدوا فإنه يفترض على من يليهم فرض عين كالصلاة والصوم ، لا يسهم تركه ثم إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقا وغربا على هذا التدريج ، ونظيره الصلاة على الميت ، فإن من مات في ناحية من نواحي البلد فعلى جيرانه وأهل محله أن يقوموا بأسيابه وليس على من كان بعيد من الميت أن يقوم بذلك ، وإن كان الذى ببعد من الميت يعلم أن أهل محله يضيعون حقوقه أو يحجزون عنه كان عليه أن يقوم بحقوقه ، كذا هنا اه .

مطلب طاعة الوالدين فرض عين

(قوله لا يفرض على صبي) في النخبة للأب أن يأذن للمراة بالقتال ، وإن خاف عليه القتل وقال السعدى لا بد أن لا يخاف عليه فإن خاف قتله لم يأذن له نهر (قوله وبالغ له أيوان) مفاده أنهم لا يأمنان في منعه ، وإلا لكان له الخروج حتى يبطل عنها الأثم ، مع أنها في سعة من منعه إذا كان يمدحها من ذلك مشقة شديدة ، وشغل الكافرين أيضا أو أحدهما إذا كره غروجه مخافة ومشقة وإلا بل لكراهة قتال أهل دينه ، فلا يطبعه مالم يخف عليه الضيعة إذ لو كان معصرا محتاجا إلى خطفه فرضت عليه ولو كافرا وليس من الصواب ترك فرض عين

أو أحدهما لأن طاعتهما فرض عين وقال عليه الصلاة والسلام للعباس بن مرداس لما أراد الجهاد « الزم أمك »
الجنة تحت رجل أمك « سراج وفيه لا يحل سفر فيه خطر إلا بإذنها . وما لا خطر فيه يحل بلا إذن ومنه السفر في طلب العلم (وعبد وامرأة) لحق المولى والزوج ومفاده وجوبه لو أمرها الزوج به فتح . وعلى غير المزوجة نهر :
قلت : تعليل الشئ بضعف بنيتها بفقد خلافه وفي البحر : إنما يازمها أمره فيما يرجع إلى التكليف وتوابعه

ليتوصل إلى فرض كفاية ولو مات أبواه فأذن له جده لأبيه وبجده لأمه ، ولم يأذن له الآخرون : أى أبو الأم وأم الأب فلا بأس بخروجه لقيام أب الأب وأم الأم مقام الأب والأم عند فقدهما . والآخرون كباقي الأحباب إلا إذا عدم الأولان : فالمستحب : أن لا يخرج إلا بإذنها ، ولو له أم وأم أب ، فالإذن لأم الأم بدليل تقدمها في الحضانة ، ولأن الأخرى لا تقوم مقام الأب ، ولو له أب وأم أب لا ينبغي الخروج بلا إذنها لأن الأم كالأب لأن حق الحضانة لها ، وأما غير هؤلاء كالزوجة والأولاد والأخوات والأعمام فإنه يخرج بلا إذنها إلا إذا كانت نفقتهم واجبة عليه وخاف عليهم الضيعة اهـ ملخصاً من شرح السبع الكبير (قوله لأن طاعتهما فرض عين) أى والجهاد لم يتمين فكان مراعاة فرض العين أولى ، كما في التجنيس ، وأخذ منه في البحر كراهة الخروج بلا إذنها ، واعترض على قول الفتح إنه يحرم .

قلت : وفيه نظر فإن الأولى هنا بمعنى الأقوى والأرجح أى أن الأقوى مراعاة فرض العين لقوته ورجحانه على فرض الكفاية ، فحيث ثبت أنه فرض كان خلافه حراماً ، ولذا قال السرخسي . فعليه أن يقدم الأقوى .
نعم قدما أتفا عنه في الجلد والجلدة الفاسدين أن المستحب أن لا يخرج إلا بإذنها (قوله وقال عليه الصلاة والسلام الخ) دليل آخر على تقديم الوالدين ، وقدما الحديث المتفق عليه وفيه تقديم برها على الجهاد ، وفي صحيح البخاري في الرجل الذي جاء يستأذن النبي صلى الله عليه وسلم في الجهاد قال وأحى والذاك ؟ قال . نعم قال فبهما فجاهده وذكر بعضهم أن ذلك الرجل هو جاهدة بن العباس بن مرداس ، ثم رأيت في شرح السبع الكبير قال : وذكر عن ابن عباس بن مرداس أنه قال يارسول الله إني أريد الجهاد قال « ألك أم ؟ قال : نعم قال الزم أمك الخ » (قوله تحت رجل أمك) هو في معنى حديث « الجنة تحت أقدام الأمهات » ولعل المراد منه والله تعالى أعلم بتقبل رجلها أو هو كناية عن التواضع لها وأطلقت اللجنة على سبب دخولها (قوله فيه خطر) كالجهاد وسر البحر والخطر بالخاء المعجمة والطاء المهملة المفتوحين الإشراف على الهلاك كما في ط عن القاموس (قوله وما لا خطر) كالسر للتجارة والحج والعمرة يحل بلا إذن إلا إن خيف عليهما الضيعة سرخسي (قوله ومنه السفر في طلب العلم) لأنه أولى من التجارة إذا كان الطريق آمناً ولم يخف عليهما الضيعة سرخسي (قوله ومفاده الخ) أى تعليل عدم وجوبه كفاية على العبد والمرأة يكونه حق المولى ، والزوج أى حق مخلوق فيقدم على حق الخالق ، لاحتياج المخلوق واستغناء الخالق تعالى بفيد وجوبه كفاية على المرأة لو أمرها به الزوج لارتفاع المانع من حق الخالق تعالى ، وكذا غير المروجة لعدم المانع من أصله ومثله العبد لو أمره به مولاه لكن صكت عنه لظهور وجوبه كفاية على العبد بإذن مولاه ، بخلاف المرأة ولو غير مزوجة ، لأنها ليست من أهل القتال لضعف بنيتها قال في الهداية في فصل قسمة الغنيمة : ولهذا أى لعجزها عن الجهاد لم يلحقها فرضه ، ولأنها عورة كما في القهستاني عن المحيط قال فلا يخص المزوجة كما ظن ، وبه ظهر الفرق وهو أن عدم وجوبه على العبد لحق المولى وإذا زال حقه بإذنه ثبت الوجوب ، بخلاف المرأة فإنه ليس لحق الزوج بل لكونها ليست من أهله ولذا لم يجب على غير المزوجة (قوله وفي البحر الخ) مراد صاحب البحر مناقشة الفتح في دعواه الوجوب على المرأة لو أمرها الزوج بناء على أن المراد وجوبه عليها بسبب

(واعی ومقعد) أى أعرج فتح (واقطع) لعجزهم (ومديون بغیر إذن غریبه) بل وكفيله أيضا لو بأمره نجینس، ولو بالنفس نهر: وهذا في الحال، أما المؤجل فله الخروج إن علم رجوعه قبل حلوله ذخيرة (وعالم ليس في البلدة أفقه منه) فليس له الغزو خوف ضياعهم سراجية، وعمم في البرازية السفر، ولا يخفى أن المقيد يفيد غيره بالأولى (وفرض عين)

أمره لها، وفيه أن مراده الوجوب بأمره تعالى لا يأمر الزوج، بل هو إذن وفك الحجر كما أفاده ح. وقد علمت عدم وجوبه عليها أصلا إلا إذا هجم العدو كما بآى (قوله أى أعرج) نقله في الصح عن ديوان الأدب، وهو المناسب لقوله: واقطع، وفي المغرب أنه الذى أقعده الداء عن الحركة وعند الأطباء هو الزمن وقبل المقعد المنتنخ الأعضاء والزمن الذى طال مرضه اه (قوله واقطع) هو المقطوع اليد والجمع قطعان كأسود وسردان صحاح (قوله لعجزهم) لقوله تعالى - ليس على الأعمى حرج - فلما نزلت في أصحاب الأعداء زبلى، وفيه إشعار بأن من عجز عنه لسبب من الأسباب لم يفرض عليه كما أشير إليه في الاختيار قهستانى (قوله ومديون بغیر إذن غریبه) أى ولو لم يكن عنده وفاة، لأنه تعالى به حق الغريم نجینس، فلو إذن له الدائن ولم يبرئه فالمستحب الإقامة لقضاء الدين لأن البلد بالأوجب أولى. فإن خرج فلا بأس ذخيرة ولو الدائن غائبا فأوصى بقضاء دينه إن مات فلا بأس بالخروج لوله وفاة، وإلا فالأولى الإقامة لقضاء دينه هندية وكذا لو كان عنده وديعة ربها غائب فأوصى إلى رجل بدفعها إلى ربها فله الخروج بحر عن الفارخانية (قوله لو بأمره) أى لأنه حينئذ يثبت له الرجوع بما يؤدى عنه، بخلاف ما إذا كفله لا بأمره، فإنه لا يرجع للكفيل عليه، فلا يحتاج إلى استئذانه بل باستأذنانئ فقط (قوله ولو بالنفس) لأن له عليه حقا بقسام نفسه إليه إذا طلب منه، وقد صرحوا بأن للكفيل بالنفس منه من السفر ونحوه في التهر على خلاف ما يحته في البحر (قوله فله الخروج) أى بلا إذن الكفيل لعدم توجه المطالبة بقضاء الدين، لكن الأفضل الإقامة لقضائه ذخيرة (قوله إن علم) أى بطريق الظاهر ذخيرة (قوله فليس له الغزو الخ) لما كان المتن صادقا بجواز خروجه زاد قوله: فليس الخ ليفيد أنه لا يخرج ط.

قلت: وظاهر التعليل بخوف ضياعهم جواز خروجه لو كان في البادية من يساويه تأمل (قوله وعمم في البرازية السفر) يعنى أطلقه حيث قال أراد السفر (قوله ولا يخفى أن المقيد) وهو منعه عن سفر الغزو يفيد غيره بالأولى أى يفيد منعه عن سفر غير الغزو بالأولى، لأن الغزو فرض كفاية، فإذا منع منه منع من غيره كسفر التجارة وحج النفل. وأما السفر لحج الفرض أو الغزو إذا هجم العدو، فهو غير مراد قطعاً فلا حاجة إلى استئنائه على أن في دعوى الأولوية نظراً لأن منعه من سفر الغزو لما فيه من الخطر، ولا يلزم منه منعه مما لاخطر فيه كما مر في سفر الاين بلا إذن الأب فإنه يمنع من سفره للجهاد لا للتجارة وطلب العلم لما قلنا. وأما ما في البرازية فقد يقال: إن المراد به السفر الطويل أو على قصد الرحيل: فإن فيه ضياعهم بخلاف غيره فافهم (قوله وفرض عين) أى على من يقرب من العدو، فإن عجزوا أو تكاسوا فعلى من يلهم حتى يفرض على هذا التدريج على كل المسلمين شرقاً وغرباً كما مر في عبارة الدر عن الذخيرة: قال في الفتحة: وكان معناه إذا دام الحرب بقدر ما يصلح الأعدون ويبلغهم الخير وإلا فهو تكليف مالا يطاق، بخلاف إنقاذ الأسير وجوبه على الكل متجه من أهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب أن لا يأنم من هزم على الخروج، وقعوده لعدم خروج الناس، وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه اه وفي البرازية: مسلمة سيبت بالمشرق وجب على أهل المغرب تخليصها من الأسر مالم

إن هجم العدو فيخرج الكل ولو بلا إذن) وبأنهم الزوج ونحوه بالمتع ذخيرة (ولابد) لغرضه (من) قيد آخر وهو (الاستطاعة) فلا يخرج المريض الدنف ، أما من يقدر على الخروج ، دون الدفع ينبغي أن يخرج لشكبه السواد إرهاباً فتح .

وفي السراج وشرط لوجوبه : القدرة على السلاح لأمن الطريق ، فإن علم أنه إذا حارب قتل وإن لم يحارب أسر لم يلزمه القتال (ويقبل خبر المستنفر وندادى السلطان ولو) كان كل منهما (فاسقاً) لأنه خبر يشتهر في الحال ذخيرة (وكره الجعل) أى أخذ المال من الناس لأجل الغزاة (مع النية) أى مع وجود شيء في بيت المال دور .

تدخل دار الحرب وفي الذخيرة يجب على من لم قوة اتباعهم لأخذ ما بأيديهم من النساء والروارى وإن دخلوا دار الحرب مالم يباغوا حصوهم ، ولم أن لا يتبعوهم للمال (قوله إن هجم العدو) أى دخل بلدة بقتة ، وهذه الحالة تسمى التغير العام قال في الاختيار : والتغير العام أن يحتاج إلى جميع المسلمين (قوله فيخرج الكل) أى كل من ذكر من المرأة والعبد والمديون وغيرهم قال السرخسى ، وكذلك الغلمان الذين لم يعلوا إذا أطقوا القتال فلا بأس بأن يخرجوا ويقاتلوا في التغير العام وإذكره ذلك الآباء والأهيات (قوله المدنف) بالنساء للمجهول أى ندى لازمه المرض وفى ح عن جامع اللغة الدنف المرض الملازم : وفى المصباح دنف دفناً باب تب فهو دنف إذ لازمه المرض وأدنفه المرض ، وأدنف هو يتعدى ولا يتعدى اه (قوله وشرط لوجوبه القدرة على السلاح) أى وعلى القتال وملك الزاد والراحلة كما في قاضيخان وغيره قهستانى وقدما عنه اشتراط العلم أيضاً (قوله لأمن الطريق) أى من قطاع أو محاربين ، فيخرجون إلى التغير ، ويقاتلون بطريقهم أيضاً حيث أمكن والإسقاط الوجوب لأن الطاعة بحسب الطاقة تأمل .

مطلب إذا علم أنه يقتل يجوز له أن يقاتل بشرط أن ينكى فيهم
ولا فلا بخلاف الأمر بالمعروف

(قوله لم يلزمه القتال) يشير إلى أنه لو قاتل حتى قتل جاز ، لكن ذكر في شرح السير أنه لا بأس أن يحمل الرجل وحده وإن ظن أنه يقتل إذا كان يصنع شيئاً يقتل أو يجرح أو بهزم فقد فعل ذلك جماعة من الصحابة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد ومدحهم على ذلك فأما إذا علم أنه لا ينكى فيهم فإنه لا يحمل له أن يحمل عليهم ، لأنه لا يحصل بمحملته شيء من إعزاز الدين ، بخلاف نهى فسقة المسلمين عن منكر إذا علم أنهم لا يمتنعون بل يقاتلون فإنه لا بأس بالإقدام ، وإن رخص له السكوت لأن المسلمين يعتقدون ما يأمرهم به فلا بد أن يكون فعله مؤثراً في باطنهم بخلاف الكفار (قوله ويقبل خبر المستنفر) أى طالب الفر وهو الخروج لغزو أفاده الشافى ويقبل خبر العبد فيه كما في شرح الملتقى ط (قوله لأنه خبر يشتهر في الحال) أى فلا يكون الوحوط مبنيًا على خبر الفاسق فقط ، أو المراد أن خوف الشهادة قريبة على صدقه تأمل (قوله وكره الجعل) بضم الجيم وهو ما يجعل للإنسان في مقابلة شيء بفعله والمراد هنا أن يكلف الإمام الناس بأن يقوى بعضهم بعضاً بالكرع أى الخيل والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد ونهر وعلل الكراهة في الهداية بقوله لأنه يشبه الأجر ، ولا ضرورة إليه ، لأن مال بيت المال معد لنواب المسلمين اه والثانى : يوجب ثبوت الكراهة على الإمام فقط والأول يوجبها على الغزى ، وعلى الإمام كراهة تسببه في المكروه كما في الفتح ، وظاهره أن الكراهة تحرمة لقول الفتح : إن حقيقة الأجر على الطاعة حرام فإشبهه مكروه اه قبل إن هذا إنما يظهر على قول المتقدمين :

قلت : لا يتحقق فساد بل هو على قول الكل ، لأن المتأخرين إنما أجازوا الأجر على أشياء خاصة نصوا عليها

وصلو الشریعة ، وماده : أن التیء هنا یعم الغنیمۃ فلیحفظ (وإلا لا) لدفع الضرر الأملی بالأدنی (فإن حاصرناهم دعوانهم إلى الإسلام فإن أسلموا) فیها (وإلا فلی الجزیة) لو محلا لها كما سیجیء (فإن قبلوا ذلك قلم مالنا) من الإنصاف (وعلیهم ما علینا) من الانصاف فخرج العبادات إذ الکفار لا یخاطبون بها عندنا

من الطاعات وهی : التعلیم والأذان والإمامة لأعل کل طاعة ، وإلا لشمل نحو الصوم والصلاة ولا قائل به كما نبینا علیه غیر مرة ، وسیأتی بیانه إن شاء الله تعالی فی الإجازات ، وأوضحناه فی رسالتنا شفاء العلیل وبل العلیل فی أخذ الأجرة علی الختات والتهایل فافهم (قوله ومفاده الخ) أی مفاد تفسیر التیء بما ذکر من وجود شیء الخ ونحوه فی الذخیره ، وغایة البیان وقید بقوله هنا لأن حقیقة التیء كما فی الفتح ما يؤخذ بغير قتال کالخراج ، والجزیة أما المأخوذ بقتال فیسمى غنیمۃ كما یأتی فی الفصل الآتی ولانتقید الکراهۃ بوجود الدلی " فقط ، وهو الحق کما فی المنع والبحر . وقال لجواز الاستقراض من بقیة الأنواع ، ولذا لم یذكر التیء فی بعض المعتریات ، وإنما ذکر مال بیت المال اه وسیأتی فی آخر فصل الجزیة بیان مصارف بیت المال ، وتقدمت منظومه فی باب العشر من کتاب الزکاة (قوله وإلا لا) أی وإن لم یوجد شیء فی بیت المال لا یکره الجعل للضرورة (قوله لدفع الضرر الأملی) وهو تعدی شر الکفار إلى المسلمین فتح (قوله بالأدنی) وهو الجعل المذكور ، فیلزم الضرر الخاص لدفع الضرر العام :

[تنبیہ] من قدر علی الجهاد بنفسه وماله لزمه ولا ینبغی له أخذ الجعل ، ومنع حجز عن الخروج وله مال ینبغی أن یبعت غیره عنه بماله وعکسه إن أعطاه الإمام کفایتیه من بیت المال لا ینبغی له أن يأخذ من غیره جملا ، وإذا قال القاعد للغازی : خذ هذا المال لتفرو به عنی لا یجوز لأنه استتجار علی الجهاد بخلاف قوله : فاخر به ومثله الحج وللغازی أن یتروک بعض الجعل لتنفقه عیاله ، لأنه لا ینبغی له الخروج إلا به ونعمانه فی البحر (قوله دهوناهم إلى الإسلام) أی ندبا إن بلغتهم الدعوة ، وإلا فوجوبا مالم یضحق ضررا كما یأتی (قوله فإن أسلموا) أی بالتلفظ بالشهادتین علی تمصیل ذكره فی البحر هنا وسیل ذکره الشارح فی آخر باب المرتد مع التبری عن دینه ، لو کان کتابیا علی ماسیاتی بیانه هناك إن شاء الله تعالی ، وقد یکون الإسلام بالفعل کالصلاة بالجماعة والحج ونعمانه فی البحر وتقدم ذلك منظوما فی أول کتاب الصلاة وأشبعنا الکلام علیه ثمة (قوله فیها) أی فبالخصلۃ الکفاءة أخطوا ونعمت الخصلۃ (قوله ولو محلا لها) بأن لم یکونوا مرتدین ولا من مشرکی العرب كما یأتی بیانه فی فصل الجزیة قال فی النهر : وینبغی للإمام أن یبین لهم مقدار الجزیة ووقت وجوبها والتفاوت بین الغنی والفقیر فی مقدارها (قوله قلم مالنا من الانصاف الخ) أی المعاملة بالعدل والقسط والانصاف الأخذ بالعدل قال فی المنع : والمراد أنه یجب لهم علینا ویجب لنا علیهم ولو تعرضنا لدمائهم وأموالهم أو تعرضوا لدهائنا وأموالنا یجب لبعضنا علی بعض عند التعرض اه وفی البحر وسیأتی فی البیوع استثناء مقدّم علی الخمر والخزیر فإنه کفقدنا علی العصور والشاة وقدمنا أن الذمی مؤاخذ بالحدود والقصاص إلا حد الشرب ومر فی التکاح لو اعتقدوا جوازہ بلا مهر أو شهود أو فی حدة ترکهم وما یدنین بخلاف الربا اه (قوله فخرج) أی بالتقید بالإنصاف والانصاف .

مطلب فی أن الکفار یخاطبون ندبا

(قوله إذ الکفار لا یخاطبون بها عندنا) الذی تحرر فی المنار وشرحه لصاحب البحر أنهم یخاطبون بالإیمان ، وبالقبولات سوى حد الشرب ، والمعاملات وأما العبادات فقال السمرقندیون : إنهم غیر مخاطبین بها أداء واعتقادا قال البخاریون : إنهم غیر مخاطبین بها أداء فقط وقال العراقيون إنهم مخاطبون بهما فیمقابون علیهما وهو المعتمد اه

ویؤیدہ قول علی رضی اللہ عنہ : إنما بذلوا الجزية لئكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا (ولا يحل لنا أن نقاتل من لا تبلغه الدعوة) بفتح الدال (إلى الإسلام) وهو وإن اشتهر في زماننا شرقا وغربا سكن لاشك أن في بلاد الله من لا شعوره بذلك بقى لو بلغه الإسلام لا الجزية في التارخانية: لا ينبغي قتالهم حتى يدعواهم إلى الجزية نهر خلافا لما نقله المصنف (وندعو ندبا من بلغته إلا إذا تضمن ذلك ضررا) ولو بغلبة الظن كأن يستعدون أو يتحصنون فلا يقبل فتح (ولا) يقبلوا الجزية (نستعين بالله ونحاربهم بنصب المجانيق وحرقهم وغرقهم وقطع أشجارهم) ولومثمة وإسناد زروعهم إلا إذا غلب على الظن ظفرنا ويكره فتح (ورمهم) بذل ونحوه (وإن ترسوا ببعضنا) ولو ترسوا بنى "ستل ذلك النبي" (ونقصدهم) أى الكفار (وما أصيب منهم) أى من المسلمين (لأدب) فيه ولا كفارة) لأن الفروض لا تقرر بالقرامات (ولو فتح الإمام بلدة وفيها مسلم أو ذى لا يحل قتل أحد منهم

(قوله ويؤيده) أى يؤيد ماذكر من التقييد بالإنصاف والانتصاف ، أو يؤيد خروج العادات .
وحاصله : أن لم حكما في العقوبات والمعاملات إلا ما استثنى دون الإيمان والعبادات فلا نظام لهم به
وإن عوقبوا عليهما في الآخرة (قوله ولا يحل لنا الخ) لأن بالدعوة يعلمون أننا ماقتانهم على أموالهم وسبى
هياكلهم فرما يجيبون إلى المقصود بلا قتال ، فلا بد من الاستعلاء فتح قلوب قائلهم قبل الدعوة أتم للهوى ولا عر
لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار ، فصار قتل النساء والصبيان بحر (قوله من لا تبلغه) الأولى : من ط
(قوله بفتح الدال) قال في شرحه على المتن : الدعوة هنا بفتح الدال وكذا في الدعوة إلى طعام وأما في
فبالكسر كما قاله الباقي لكن ذكر غيره أنها في دار الحرب بالضم (قوله وهو) أى الإسلام (قوله لا ينبغي الخ)
الظاهر أنه بمعنى لا يحل كما يأتي نظيره (قوله خلافا لما نقله المصنف) الأولى تقديمه عن قوله "مع أى لا يحل
في زماننا أيضا خلافا لما نقله المصنف عن المتابع من أن ذلك في ابتداء الإسلام ، وأما الآن فقد صرح واشهر
فيكون الإمام مخيرا بين البعث إليهم وتركه اه. قال في الفتح : ويجب أن المدار غلبة ظن أن هؤلاء لم تسلمهم بدعوه
(قوله إلا إذا تضمن ذلك ضررا) ذكروا هذا الاستثناء في الاستحياب مع إمكانه في الوجوب أيضا ط زاد في شرح
المتن عن المحيط : أن يقطع فيهم ما يدعواهم إليه ط (قوله كأن يستعدون الخ) المناسب إسقاط النون لأنه منصوب
بأن المصدورية (قوله بنصب المجانيق) أى على حصونهم لأنه عليه الصلاة والسلام نصبها على الطائف رواه الترمذى
نهر ، وهو جمع منجنيق بفتح الميم عند الأكثر وإسكان النون الأولى وكسر الثانية فارسية معربة تذكر وتأتيها
أحسن وهي آلة ترى بها الحجارة الكبار قلت : وقد تركت اليوم للاستغناء عنها بالمدايع الحادثة (قوله وحرقتهم)
أراد حرق دورهم وأمتعتهم قاله العيني : والظاهر أن المراد حرق ذاتهم بالمجانيق وإذا جازت محاربتهم بحرقتهم
فالمراد أولى نهر ، وقوله : بالمجانيق أى برى النار بها عليهم ، لكن جواز التحريق والتعريق مقيد كما في شرح السير
بما إذا لم يتمكنوا من الظفر بهم بدون ذلك ، بلا مشقة عظيمة فإن تمكنوا بدونها فلا يجوز ، لأن فيه إهلاك
أطفالهم ونسائهم ومن عندهم من المسلمين (قوله إلا إذا غلب الخ) كذا قيد في الفتح إطلاق النون ، وتبعه في البحر
والنهر ، وعلمه بأنه إضاد في غير محل الحاجة وما أيسر إلها ولا يخفى حسنه لأن المقصود كسر شوكتهم وإلحاق
الغيتهم بهم فإذا غلب الظن بمحصل ذلك بدون إتلاف وألم يصبر لنا لا نلفه (قوله ونحوه) كصراص وقد استغنى
به عن النيل في زماننا (قوله ستل ذلك النبي) كذا نقله في التهر عن أبى الليث أى بأن نقول له هل ترى أم لا ونعمل
بقوله ، ولم يذكر ما إذا لم يمكن سؤاله (قوله وما أصيب منهم) أى إذا قصدنا الكفار بالرى ، وأصحبنا أحدا
من المسلمين الذين ترس الكفار بهم لانضمامه ، وذكر السرخسى أن القول للراى يمينته في أنه قصد الكفار لا لولى
المسلم المقتول أنه تعمد قتله (قوله لأن الفروض لا تقرر بالقرامات) أى كما لو مات الحدود بالجلد ، أو القلع

أصلاً ولو أخرج واحد) ما (حل) حينئذ (قتل الباقي) لجواز كون المخرج هو ذلك فتح (ونهينا عن إخراج ما يجب تعظيمه وبحرم الاستخفاف به كصحف وكتب فقه وحديث وامرأة) ولو عجزوا المداواة هو الأصح ذخيرة وأراد بالنهي ماى مسلم ولا تسامروا بالقرآن في أرض العدو (إلا في جيش يؤمن عليه) فلا كراهة لكن إخراج العجائز والإمام أولى (وإذا دخل مسلم إليهم بأمان حازحل المصحف معه إذا كانوا يوفون بالعهد) لأن الظاهر علم تعرضهم هداية (و) نهينا (عن غدر

وأورد المضطر إلى أكل مال الغير فإنه مضمون ، وأجاب عنه في الفتح بأن المذهب عندنا أنه لا يجب عليه أكله ولم يكن فرضاً فهو كالمباح بتقييد بشرط السلامة كالمرور في الطريق (قوله ولو أخرج واحد ما) أراد بالإخراج ما يجب الخروج وزاد لفظ ما للتعميم ، فالمراد أى رجل كان لا يقيد كونه مسلماً أو ذمياً في نفس الأمر أو بتغليب الظن ولذا قال محمد وأو أخرج واحد من عرض الناس (قوله لجواز كون المخرج هو ذلك) نصار في كون المسلم في البق شك ، بخلاف الحالة الأولى فإن كون المسلم والذي فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق فتح و

قلت : ونظير هذه المسألة ما لو تنجس بعض الثوب فغسل طرفاً منه ولو بلا نحر فإنه يصح أن يصل به إذا لم يتيقن النجاسة ، وهذا يرد على قولهم اليقين لا يزول بالشك وقدما بتحقيق المسألة في الطهارة عن شرح آية (قوله وبحرم الاستخفاف به) زاد ذلك وإن استلزمه ما قبله ، لأن ذلك علة النهي فإن إخراجاً يؤدي إلى وقوعه في يد العدو ، وفي ذلك تعريض لاستخفافهم به ، وهو حرام خلافاً لقول الطحاوى إن ذلك إنما كان عند قلة المصاحف كي لا تنقطع عن أيدي الناس ، وأما اليوم فلا يكره (قوله وامرأة) أى وعن إخراج امرأة ، فهو معطوف على ما (قوله هو الأصح) احتراز عن قول الطحاوى المذكور (قوله إلا في جيش) أقله عند الإمام أربعة وأقل السرية عده مائة كما رأيت في الخانية ، وكذا في الشربلية نقلها عنها وعن العناية ، خلافاً لما في البحر عن الخانية من أن أقل السرية مائتان وتبعه في النهر . قال في الشربلية : وما قاله ابن زياد من أن أقل السرية أربعة ، وأقل الجيش أربعة آلاف قاله من تلقاء نفسه نص عليه الشيخ أكل الدين اه وفي الفتح : ينبغي أن يكون العسكر العظيم اثني عشر ألفاً لقوله عليه الصلاة والسلام : لن تغلب اثنا عشر ألفاً من قلة ، اه .

قلت : والتقييد بالقلة لأنها قد تغلب بسبب آخر كخيانة الأمراء في زماننا .

[تمة] في الخانية : لا ينبغي للمسلمين أن يفرّوا إذا كانوا اثني عشر ألفاً ، وإن كان العدو أكثر ، وذكر الحديث .

ثم قال : والحاصل أنه إذا غلب على ظنه أنه يغلب لا بأس بأن يفر ولا بأس للواحد إذا لم يكن معه سلاح أن يفر من اثنين لها سلاح وذكر قبله ويكره للواحد القوى أن يفر من الكافرين والمائة من المائتين في قول محمد ، ولا بأس أن يفر الواحد من الثلاثة والمائة من الثلاثمائة (قوله لكن الخ) قال في الفتح : ثم الأولى في إخراج النساء العجائز للطيب والمداواة والسقي (١) دون الشواب ولو احتجج إلى المباشرة للأولى بإخراج الإماء دون الحرات .

مطلب لفظ ينبغي يستعمل في المندوب وغيره عند المتقدمين

(قوله ونهينا عن غدر الخ) عدل عن قول الهداية وغيرها وينبغي للمسلمين أن لا يقتدروا لأن المشهور عند المتأخرين استعمال ينبغي بمعنى يتدب ولا ينبغي بمعنى يكره تنزيهاً ، وإن كان في حرف المتقدمين استعماله

(١) وفي السير الكبير : لا بأس لاهل النعمد ، ماخذ النساء والدراري إن كانوا بحيث إذا نزل بهم العدو قلدروا مل هذه أو مل إن يجزئهم إلى أرض الإسلام اه منه .

وعلول و) عن (مثله) بعد الظفر بهم أما قبله فلا بأس بها اختيار (و) عن قتل امرأة وغير مكاف وشيخ (خر (فان) لاصباح ولا نسل له فلا يقتل ولا إذا ارتد (وأعمى ومقعد) وزمن ومعتوه

في أهم من ذلك وهو في القرآن كثير - ما كان ينبغي لنا أن نتخذ من دونك من أولياء - قال في المصباح : وينبغي أن يكون كذا معناه يجب أو يندب بحسن ما فيه من الطلب اه .

مطلب في بيان نسخ المثلة

(قوله عن غدر) أى نقض عهد وغلول بضم الغين الخيانة من المعنى قبل قسمته ومثله بضم الميم اسم مصدر مثل به من باب نصر أى قطع أطرافه وشوه به كذا في جامع اللغة (قوله أما قبله فلا بأس بها) قال الزيلعي وهذا حسن ونظيره الإحراق بالنار ، وقيد جوازها قبله في الفتح بما إذا وقعت قتالا كبارا ضرب فقطع أده ثم ضرب ففقا عينه ثم ضرب فقطع يده وأبله ونحو ذلك اه ، وهو ظاهر في أنه لو تمكن من كافر حال قيام الحرب ليس له أن يمثل به بل يقتله ، ومقتضى ما في الاختيار أن له ذلك كيف وقد علل بأنها أبغ في كبته وأضر بهم نهر .

[تبيينه] ثبت في الصحيحين وغيرهما النهى عن المثلة فان كان متأخرا عن قصة العربيين فانسخ ظاهر ، وإن لم يدر فقد تعارض محرم ومبيح ، فيقدم المحرم ويتضمن الحكم بنسخ الآخر ، وأما من جنى على جماعة بأن قطع أنف رجل وأذن رجل ويدي آخر ورجل آخر وفقا عني آخر فإنه يقتص منه لكل ، لكن يستأى بكل قصاص إلى براءه ما قبله فهذه مثلة ضمننا لافصدا ، وإنما يظهر أثر النهى والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله لمقتضى النسخ أن يقتل به ابتداء ولا يمثل به فتح ملخصا (قوله وغير مكاف) كالصبي والمجنون (قوله وشيخ خر) أصل المتن وشيخ فان لكن زاد الشارح لفظة خر فيكون صطفا خاصا على عام قال في الفتح : ثم المراد بالشيخ الفاني الذي لا يقتل من لا يقدر على القتال ، ولا الصباح عند التقاء الصفيين ولا على الإحبال ، لأنه يجيء منه الولد فيكثر عمارب المسلمين ذكره في الذخيرة زاد الشيخ أبو بكر الرازي أنه إذا كان كامل العقل نقله ، ومثله نقله إذا ارتد ، والذي لا نقله الشيخ الفاني الذي خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا لا نقله ولا إذا ارتد اه .

قلت . ومقتضى كلام الرازي أنه إذا كان كامل العقل يقتل وإن لم يقدر على القتال والصباح والإحبال ، ومقتضى ما في الذخيرة أنه إذا لم يقدر على ذلك لا يقتل ، وإن كان كامل العقل ، وهذا هو الموافق لما في شرح السير الكبير وهذا الظاهر ، لأنه إذا كان عاقلا لكنه لا يقدر على شيء مما ذكر يكون في معنى المرأة والراغب بل أولى :

فصار الحاصل : أن الشيخ الفاني إن كان خر فان زائل العقل لا يقتل ، وإن كان له صباح ونسل لأنه في حكم المجنون ، وإن كان عاقلا لا يقتل أيضا إن لم يقدر على القتال ونحوه وبه تعلم ما في كلام الشارح من عدم الانتظام وكان عليه أن يقول وشيخ فان لاصباح ، ولا نسل له أو خر فان لا يعقل فلا يقتل ولا إذا ارتد ، والمراد من لاصباح له من لا يحرض على القتال بصياحه عند التقاء الصفيين (قوله ومقعد وزمن) وكذا من في معناهما كبايس الشق ومقطوع اليمن أو من خلاف لكن نظر فيه في الشرنبلالية بأنه لا ينزل عن رتبة الشيخ القادر على الإحبال أو الصباح اه .

قلت : ومثله يقال في المرأة والصبي والأعمى . وقد يجاب بأنه يندفع ما يبعد عنهم بإخراجهم إلى دارنا

وراهب وأهل كنائس لم يخالفوا الناس (إلا أن يكون أحدهم ملكاً) أو مقاتلاً (أو ذارماً) أو مالاً (في الحرب، ولو قتل من لا يحل قتله) ممن ذكر (فضليه التوبة والاستغفار فقط) كسائر المعاصي، لأن دم الكافر لا يتقوّم إلا بالأمان ولم يوجد، ثم لا يتركونهم في دار الحرب، بل يحملونهم تكبيراً إلى ديارهم في السراج وسبيجي [فرعان: الأول] لأبأس يحمل رأس المشرّك لو فيه غيظهم وفيه فراغ قلباً، وقد حمل ابن مسعود يوم بدر رأس أبي جهل وألقاه بين يديه عليه الصلاة والسلام فقال النبي عليه الصلاة والسلام: «الله أكبر هذا فرعونى وفرعون أمي كان شره على وعلى أمي أعظم من شر فرعون على موسى وأمه» ظهرية [الثاني] لأبأس بنيش قبورهم طلباً للمال تارخانية، وعبرة الخانية قبور الكفار نعمت الذي (ولا يحل للفرع أن يبدأ أصله المشرّك بقتل)

لما يأتي من أن من لا يقتل يحمل إلى دارنا سوى الشيخ الفاني عادم النفع بالكلية وتماه فيها علقته على البحر (قوله وراهب الخ) قال في الفتح وفي السير الكبير: لا يقتل الراهب في صومته، ولا أهل الكنائس الذين لا يخاطبون الناس، فإن خالطوا قتلوا كالقسيس والذي يجن ويقتل في حال إفاقة وإن لم يقتل أهقاً في الجوهرة: وكذا يجوز قتل الأخرس والأصم وأقطع اليد اليسرى أو إحدى الرجلين لأنه يمكنه أن يقتل ركباً وكذا المرأة إذا قتلت (قوله إلا أن يكون الخ) قال في الفتح استثناء من حكم عدم القتل، ولا خلاف في هذا لأحد وصح أمره عليه الصلاة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاماً أو أكثر، وقد حمى لما جاء به جيش هوازن للرأى وكذا يقتل من قاتل من كل من قلنا إنه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة إلا أن الصبي والمجنون يقتل في حال قتالهما، أما غيرهما من النساء والرهبان وغيرهم فلهن يقتلون إذا قاتلوا بعد الأسر، والمرأة المملوكة تقتل وإن لم تقاتل وكذا الصبي المملوك لأن في قتل الملك كسر شوكتهم، وقيد في الجوهرة الصبي المملوك بما إذا كان حاصراً (قوله في الحرب) متعلق برأى ومال على تأويل المال بالإتفاق (قوله ثم لا يتركونهم الخ) أى ينهى أن لا يتركوا من ذكر من لا يقتل بل يحملونهم إلى دار الإسلام إذا كان بالمسلمين قوة على ذلك لما ذكر، ولئلا يولد لهم فيكون في تركهم عون على المسلمين، وكذلك الصبيان يلبثون فيقتلون، وأما الشيخ الفاني الذي لا يقاتل ولا يلقح ولا رأى له، فإن شاء وتركوه إذ لا نفع فيه للكفار أو حموله ليدأ به أسرى المسلمين على قول من يرى المفاداة وعلى القول الآخر لا فائدة في حمله، ومثله المعجوز الذى لا تلد منه عن السراج ما خصه والمعتمد القول بالمفاداة كما سيذكره في الباب الآتى، وكذلك الرهبان وأصحاب الصوامع إذا كانوا لا يتزوجون بحر: أى ولا يخاطبون وبه وفق بعض المشايخ بين هذا ورواية أنهم يقتلون أفاده القهستاني عن الهيظ (قوله وسبيجي) أى في الباب الآتى (قوله وفيه فراغ قلباً) أى باندفاع شره عنا لاشتهار قتله بذلك (قوله وقد حمل الخ) وكذا فعل عبد الله ابن أنيس بسفيان بن عبد الله ومحمد بن مسلمة بكعب بن الأشرف كما بسطه السرخسى وقال عليه أكثر مشايخنا لو فيه غيظهم وفراغ قلباً بأن يكون المقتول من قواد المشرّكين أو عطاء المارزين اه (قوله وعبرة الخانية الخ) قال في النهر: ولم أر نبش قبور أهل الدمة ويجب أن يقال إن تحقق ذلك ولم يكن له وارث إلا بيت المال جاز نبشه، ثم نقل ما في الخانية وقال هذا يعنى الذى اه لكن لا يخفى أن ما في الخانية ليس فيه التقيد بتحقيق المال، بل الظاهر أن المراد عند توهم ذلك لأنه عند التحقيق يجوز النبش في المسلم لحق أدى كسقوط متاع أو تكفين بثوب مغصوب أو دفع مال معه ولو درهما كما في جناز البحر فافهم (قوله أن يبدأ أصله المشرّك) لأنه يجب عليه إحياءه بالاتفاق فيناقضه الإطلاق في إلفاته هداية، والأولى التعليل بأنه كان سبب إيجاده لما يأتي قريباً قيد بالبداهة احترازاً عما لو قصد الأصل قتله كما يأتي وبالأصل احترازاً عن الفرع المشرّك وإن سفل غالباً أن يهدى بقتله وكذا سائر القرايات كما في البحر والنهر، وعمل من تعبير الكثر بالأب، لأن أمه وأجداده

كما لا يبدأ قريبه الباغي (ويعتصم الفرع) من قتله بل يشغله (لا لأجل أن يقتله غيره) فإن فقد قتله (ولو قتله فهدر) لعدم العاصم (ولو قصد الأصل قتله ولم يمكن دفعه إلا بقتله قتله) لجواز الدفع مطلقا (ويجوز الصلح) على ترك الجهاد (معهم بمال) منهم أو منا (لو خيرا) لقوله تعالى - وإن جنحوا للسلم فاجنح لها - (ولنبد) أي تعلمهم بنقض الصلح تحريزا عن الغدر المحرم (لو خيرا) لفعله عليه الصلاة والسلام بأهل مكة

وجداته من قبل الأب والأم كالأب (قوله كما لا يبدأ قريبه الباغي) أشار إلى فائدة التقييد بالمشارك وهي أنه لو كان المحارب باغيا لا يتقيد بكونه أصلا بل يعم الأخ وغيره قال في البحر، لأنه يجب عليه إحياؤه بالإتفاق عليه لاتحاد الدين فكذا بترك القتل اهـ.

قلت: ومفاد تقييد القريب بالرحم المحرم لأنه لا يجب عليه أن ينفق على غيره، لكن برأيه يجب عليه الامتناع عن فرعه المشترك - ويجب أن ذاك في غير الحرق، لأنه لا يجب الاتفاق على الأصول والفروع الحريين كما مر في بابه لكن يلزم منه أن يكون له بلد أصله بالقتل، وأن لا يصح التعليل المار عن الهداية بأنه يجب عليه إحياؤه بالاتفاق كما أورده في الحواشي السعدية فالأولى التعليل بما ذكره في شرح السير أن الأب كان سبب إجماده فلا يكون سبب إعدامه بالقصد إلى قتله كما قدمناه (قوله بل يشغله) أي بالمحاربة بأن يعرّقب فرسه، أو يطرحه عنها أو يلجئه إلى مكان ولا ينبغي أن ينصرف عنه ويتركه نهر (قوله فإن فقد قتله) أي إذا لم يكن ثمة غيره قتله كذا قاله في النهر، ولم أوه غيره. وعبارة الزيلعي وإن لم يكن ثمة من يقتله لا يمكنه من الرجوع، حتى لا يعود حربا على المسلمين ولكنه يلجئه إلى مكان يستمسك به حتى ينجى غيره فيقتله (قوله ولو قتله فهدر) أي باطل لأدلة فيه ولا قصاص نعم عليه التوبة والاستغفار كما في شرح الملتقى (قوله لجواز الدفع مطلقا) أي ولو كان الأب مسما فإنه إذا أود قتل ابنه، ولا يمكن من التخلص منه إلا بقتله كان له قتله لتعينه طريقا لدفع شره فهنا أولى، ولو كانا في سفر وعطشا ومع الين ماء يكتفي لتجاة أحدهما كان للابن شره ولو كان الأب يموت وينفي أنه لو سح أباه المشترك يذكر الله تعالى أو رسوله يسوء أن يكون له قتله لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح قتل أباه حين سمعه يسب النبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم، فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك كذا في الفتح (قوله بمال منهم) ويصرف مصارف الخراج والجزية إن كان قبل النزول بساحتهم بل رسول أما إذا زلنا بهم فهو غنيمة مخمسا ونقسم الباقي سر (قوله أو منا) أي بمال تعطيه لهم إن خاف الإمام الهلاك على نفسه والمسلمين بأي طريق كان نهر (قوله لقوله تعالى - وإن جنحوا للسلم) أي مالوا قال في المصباح والسلم بالكسر والفتح الصلح يذكر ويؤث والآية مقيدة برؤية المصلحة إجماعا لقوله تعالى - ولا تنهوا (۱) وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعداء - أماده في الفتح (قوله أي تعلمهم بنقض الصلح) أفاد شرطاً زائدا على المتن وهو إعلامهم به لأن نية العهد نقضه، لكن لا يجوز قتالهم أيضا حتى يمضي عليهم زمان يتمكن فيه مسكهم من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته، حتى لو كانوا أخرجوا حصونهم للأمان، وتفرقوا في البلاد فلا بد أن يعودوا إلى ما منهم ويعمرها حصونهم كما كانت توقا عن الغدر، وهذا لو نقض قبل مضي المدة أما لو مضت فلا ينبذ إليهم، ولو كان الصلح بمجل فتنقضه قبل المدة ود عليهم بحصته لأنه مقابل بالأمان في المدة فيرجعون بمالهم السلم فيهم الأمان فيه زيلعي (قوله لفعله عليه الصلاة والسلام بأهل مكة) تبع فيه الهداية وردة السكالك حيث قال: وأما استدلالهم بأنه صلى الله عليه وسلم نيز المودعة التي كانت بينه وبين أهل مكة فالأليق جعله دليلا لقوله الآتي وإن بدعوا غيابة قاتلهم، ولم ينبذ إليهم إذا كان بانفاهم،

(۱) قوله (ولا تنهوا) الثلاثة (فلا تنهوا) وأما الآية التي فيها - ولا تنهوا - فهي آية أخرى اهـ مصححه.

(ونقاتلهم بلائید مع خیانتہ ملکھم) ولویقتل ذی منعة بإذنه ولویدونه انتقض حقهم فقط (و) نصلح (المردین لو غلبوا علی بلدة وصارت دارهم دار حرب) لو خیرا (بلا مال ولا یغلبوا علی بلدة) (لا) لأن فیہ تقریر المرد علی الردة وذلك لا یجوز فتح (وإن أخذ) المال (منهم لم یرد) لأنه غیر معصوم بخلاف أخذہ من بغاة فانه یرد بعد وضع الحرب أوزارها فتح (ولم نبع) فی الزلیعی یحرم أن نبيع (منهم ما فیہ توفیقهم علی الحرب) کحذید وعید وخیل (ولا نحملة إلیهم ولو بعد صلح) لأنه علیہ الصلاة والسلام نبی عن ذلك وأمر بالمیرة وهی الطعام والقماش فجاز استحسانا (ولا نقتل من آمن حر أو حرة ولو فاسقا) أو أعمی أو فانیاً أو صبیا أو عبداً

لأنهم صاروا ناقضین للعهد فلا حاجة إلی نقضه ، وإنما قلنا هذا ، لأنه صلی الله علیہ وسلم لم یبدأ أهل مکة بل هم بدءوا بالغدر قل مضی المدة فقاتلهم ، ولم یبدأ إلیهم بل سأل الله تعالی أن یعمی علیهم حتی یتقتم هذا هو المذكور لجميع أهل السیر والمغازی وتعامه فی ح (قوله ولو یقتل) أى ولو كانت خیانتہ ملکھم یقتل أهل منعة بإذنه : أى لا فرق بین قتاله بنفسه أو یقتل بعض أتباعه بإذنه (قوله انتقض حقهم فقط) أى حتی المقاتلین ذوی المنعة بلا إذن ملکھم : قال الزلیعی : فلا ینتقض فی حق غیرهم لأن فعلهم لا یلزم غیرهم وإن لم یکن لهم منعة لم یکن نقضا للعهد اه أى بأن قاتل واحد منهم مثلاً ثم ترك القتال یتقی عهده (قوله بلا مال) أى بلا أخذہ منهم لأنه فی معنى الجزیة : وهی لا تقبل منهم نهر ولم یدکر صلحهم علی أخذهم المال منا ولا شک فی جوازہ عند الضرورة کما فی أهل الحرب ، ولكن هل یلزم إعلامهم بنقض العهد قبل انقضائه مدته أم لا لكونهم یمیزون علی الإسلام بخلاف أهل الحرب فلیراجع (قوله لأنه غیر معصوم) لأنه یصیر فیتا للمسلمین إذا ظهروا فتح (قوله بعد وضع الحرب أوزارها) أى أنقلها والمراد بعد انتهائها وإنما یرد علیهم ، لأنه لیس فیتا إلا أنه لا یرده حال الحرب لأنه إعانة لهم فتح (قوله ولم نبع الخ) أراد به التملیک بوجه کالمیة قهستانی ، بل الظاهر أن الإيجار والإعارة كذلك أفاده الحموی لأن العلة منع ما فیہ تقویة علی قتالنا كما أناده کلام المصنف (قوله یحرم) أى یمکر کراهة تحريم قهستانی (قوله کحذید) وکسلح بما استعمل للحرب ، ولو صغیر اکالیرة وكذا ما فی حکمہ من الحریر والدیباغ فإن تملیکه مکروه لأنه یصنع منه الراية قهستانی (قوله وعید) لأنهم یتوالدون عندهم فیعودون حرباً علینا مسلماً کان الرقیق أو کافراً یحر (قوله ولا نحملة إلیهم) أى لیبیع ونحوه فلا بأس لتاجرنا أن یدخل دارهم بأمان ومعه سلاح لا یرید بیعه منهم إذا علم أنهم لا یتعرضون له وإلا فیمنع عنه كما فی الحیطة قهستانی ، وفی کافی الحاكم لو جاء الحربی بسیف فاشترى مکانه قوساً أو رعاً أو فرساً لم یترك أن یمرح ، وكذا لو استبدل بسیفه سیفاً خیراً منه ، فإن کان مثله أو دونه لم یمنع ، والمستأمن کالمسلم فی ذلك إلا إذا خرج بشئ من ذلك فلا یمنع من الرجوع به اه نهر (قوله ولو بعد صلح) تعمیم للبیع والحمل قال فی البحر لأن الصلح علی شرف الانتضاء أو النقض (قوله فجاز استحساناً) أى اتباعاً للنص ، لكن لا یلحق أن هذا إذا لم یکن بالمسلمین حاجة إلی الطعام فلو احتاجوه لم یجز (قوله ولا نقتل من آمنه الخ) أى إذا آمن رجل حر أو امرأة حرة کافراً أو جماعة أو أهل حصن أو مدینة صبح أمانهم ولم یجز لأحد من المسلمین قتالهم ، والأصل فیہ قوله علیہ الصلاة والسلام «المسلمون تتکافأ ذمماؤهم» أى لا تزدی دبة الشریف علی دبة الوضیع «ویسمى بذمتهم أدناهم» أى أقلهم عدداً وهو الواحد وتعامه فی الفتح فهو مشتق من الأدی الذى هو الأذل کقوله تعالی - ولا أدنی من ذلك ولا أكثر - فهو تنصیبص علی صفة أمان الواحد أو من الدنو وهو القرب کقوله تعالی - فكان قاب قوسین أو أدنی - فهو دلیل علی صحة أمان المسلم فی ثغر یقرب العدو أو من الدناءة فهو تنصیبص علی صفة أمان الفاسق أفاده السرخسی ،

أذن لها في القتال (بأي لغة كان) الأمان (وإن كانوا لا يعرفونها بعد معرفة المسلمين) ذلك (بشرط سماعهم ذلك من المسلمين فلا أمان لو كان بالبعد منهم ويصح بالصریح كما نت أو لأبأس عليكم وبالكافة كتمال إذا ظنه أمانا وبالإشارة بالأصبع إلى السماء ولو نادى المشرك بالأمان صح لو تمتعنا وصح طلبه لذراويه لا لأهله

بحث الأمان

(قوله أذن لها في القتال) أي إذا كان العبيد وأذنون في القتال صح أمامهما في الأصح انه إذا قهستاني عن الهداية خلافا لما نقله ابن الكمال عن الاختيار درمتمنى (قوله بعد معرفة المسلمين ذلك) أي كونه ذلك اللفظ أمانا .

قلت : والظاهر أن الشرط معرفة المتكلم به ، وإذا ثبت الأمان به ثبت في حق غيره أيضا من المسلمين ولو لم يعرف معناه قافهم (قوله فلا أمان لو كان بالبعد منهم) أشار إلى أن المراد السماع ولو حكما لما نقله ط عن الهندي لو نادوهم من موضع يسمعون وعلم أنهم لم يسمعوا بأن كانوا نياما أو مشغولين بالحرب فذلك أمان (قوله كتمال) قال السرخسي : استدلل عليه محمد بن محمد بن عمر رضي الله تعالى عنه «أيما رجل من المسلمين أشار إلى رجل من العدو أن تعال فلذلك إن جئت فتلتك فأنا هو آمن» وتاويله إذا لم يفهم أو لم يسمع قوله إن جئت فتلتك أما لو علم وسمع فهو في (قوله إلى السماء) لأن فيه بيان إلى أعطيتك ذمة إله السماء سبحانه وتعالى أو أنت آمن بحقه صرخسي (قوله ولو نادى المشرك) بالرفع على القاعلية أي لو طلب المشرك الأمان من صرح لو تمتعنا أي في موضع يمتعه عن وصولنا إليه قال في البحر : وإن كان في موضع ليس بمتنع وهو ماد سيفه أو رمح فهو في هـ .

قلت : ومفاده أنه إذا كان ممتمنا يصير آمنا بمجرد طلبه الأمان وإن لم يؤمنه ، وليس كذلك بل هذا إذا ترك منعه وجاء إلينا طالبا في شرح السير ولو كان في منعة بحيث لا يسمع المسلمون كلامه ولا يرونه فاتخط إلينا وحده بلا سلاح فلما كان بحيث نسمعه نادى بالأمان فهو آمن بخلاف ما إذا أقبل سالا سيفه مادا برمح نحونا فلما قرب استأمن فهو في هـ لأن البناء على الظاهر فيها يتعلم الوقوف على حقيقة جائر ، ولو في إباحة الدم كما لو دخل بيته إنسان ليلا ، ولم يدر أنه سارق أو هارب ، فلو عليه سبب اللصوص له قتله وإلا فلا ثم .

قال : والحاصل أن من فارق المنعة عند الاستئمان فإنه يكون آمنا عادة والعادة تجعل حكما إذا لم يوجد التصريح بخلافه ولو وجدنا حربيا في دارنا فقال : دخلت بأمان لم يصدق وكذا لو قال : أما رسول الملك إلى الخليفة إلا إذا أخرج كتابا يشبه أن يكون كتاب ملكهم ، وإن احتمل أنه فقتل ، لأن الرسول آمن كما جرى به الرسم جاهلية وإسلاما ولا يجد مسلمين في دارهم ليشهدوا له فلم يصحبه دليل ولا كتاب فأخذه مسلم فهو في هـ بجماعة المسلمين عند أبي حنيفة كمن وجد في عسكرنا في دار الحرب فأخذه واحد ، لكنه هناك ينجس رواية واحدة وهما في رواية ابنان وعند محمد هو في هـ لمن أخذه كالعبيد والحشيش وفي إيجاب الخمس فيه روايتان عن محمد أيضا هـ ملخصا (قوله وصح طلبه الخ) هذا غلط وعبارة البحر : لو طلب الأمان لأهله لا يكون هو آمنا بخلاف ما إذا طلب لذراويه فإنه يدخل تحت الأمان اه فلما صريحة في أنه يصح طلب الأمان لأهله وذراويه جميعا ، غير أنه لا يدخل في الأول ، ويدخل في الثاني اه ح :

ویدخل فی الأولاد أولاد الأبناء لا أولاد البنات ، ولو غار علیهم عسکر آخر ثم بعد القسمة علموا بالأمان فخلی القاتل الدیة وعلی الواطی المهر ، والولد حر مسلم تبعاً لأبیہ وترد النساء والأولاد إلی أهلها یعنی بعد ثلاث حیض (وینقض الإمام) الأمان (لو) بقاؤه (شراً) ومباشرة بلامصلحة یؤدب (وبطل أمان ذی) إلا إذا أمر به مسلم شیئاً

قلت : وظاهره أن الکلام فیها لو قال أمّنوا أهل أو قال أمّنوا ذراری فیدخل الطالب فی الثانی دون الأول ، ووجه الفرق خفی ، أما لو قال آمّنونی علی أهل أو علی ذراری أو علی منافی أو قال آمّنونی علی عشرة من أهل الحصن دخل هو أيضاً ، لأنه ذکر نفسه بضمیر الکناية وشرط ما ذکره معه لأن علی للشرط كما نص علی ذلك السرخسی مع فروع أخر ذكرت بعضها ملخصة فیما علقته علی البحر .

مطلب لو قال علی أولادی فی دخول أولاد البنات روايتان

(قوله ویدخل فی الأولاد أولاد الأبناء الخ) ای لو قال آمّنونی علی أولادی دخل فیہ أولاده لصالحه ، وأولادهم مع قبل الذکور دون أولاد البنات ، لأنهم ليسوا بأولاده ، هكذا ذکر محمد هاهنا وذكر الخلفاء عن محمد أنهم یدخلون لقوله علیه الصلاة والسلام حين أخذ الحسن والحسين أولادنا اکبادنا ، ووجه الرواية الأولى : أن هذا مجاز بدلیل قوله تعالى - ما كان محمد أباً أحد من رجالکم - أو هو خاص بأولاد فاطمة ، كما روی أنه علیه الصلاة والسلام قال « کل الأولاد ینتمون إلی آبائهم إلا أولاد فاطمة فإنهم ینسبون إلیّ أنا أبوم » لکنه حدیث شاذ وهو مخالف لما تلونا .

مطلب لو قال علی أولاد أولادی یدخل أولاد البنات

ولو قال علی أولاد أولادی دخل أولاد البنات لأن اسم ولد الولد حقيقة لمن ولده ولدك وابنتك ولدك فا ولدته ابنتك يكون ولد ولدك حقيقة بخلاف الأول ، لأن ولدك من حيث الحكم من ينسب إلیک ، وذلك أولاد الابن دون أولاد البنات سرخسی وذاکر الذخیرة أن فیہ روابتین أيضاً ، وسبائی تمام تحقیق ذلك فی الوقف إن شاء الله تعالى .

مطلب فی دخول أولاد البنات فی الثرية روايتان

[تنبيه] سکت الشارح عن دخول أولاد البنات فی الثرية . وفي البحر : أن فیہ روابتین أيضاً ، وكذا قال السرخسی وذكر وجه رواية عدم الدخول أن أولاد البنات من ذرية آبائهم لأن ذرية قوم الأم ، ووجه رواية الدخول أن الثرية اسم للفرع المتولد من الأصل ، والأبوان أصلان للولد ومعنی الأصلية والتولد فی جانب الأم أرجح ، لأن الولد يتولد منها بواسطة ماء الفحل ثم ذکر فیہ حکایة (۱) (قوله ولو غار علیهم) ای علی من أمنهم بعض العسکر الأول (قوله وعلی الواطی المهر) ای مهر المثل ط (قوله والولد حر) ای من غیر قيمة وهو مسلم أيضاً تبعاً لأبیہ كما فی البحر (قوله یعنی بعد ثلاث حیض) وفي زمان الاعتدال یوضعن علی ید عدل ، والعدل امرأة عجوز ثقة لا لرجل بحر (قوله وینقض الإمام الأمان) ویعلمهم بذلك كما مر قهستانی (قوله یؤدب) ای لو علم أنه منہی شرعاً وإلا فجعله عذر فی دفع العقوبة عنه قهستانی (قوله إلا إذا أمر به مسلم) بأن قال له

(۱) قوله ثم ذکر فی حکایة حيث قال ولیہ حکایة یحیی بن یسر فان المجاع أمر به ذات یوم نادخل علیه وهم فقط فقال له : اعدان علی آتیه من کتاب الله تعالی نسا حلان العلویة من ذرية علی بن ابی طالب أم لا فقلت لا أمر به قوله تعالی - ادع أبناءک - وأبنیاءک - فقال قوله تعالی - ومن ذریته داود وحلیماة إلی أن قال وذاکوما ویحیی ویحیی - ثم قال فیس من ذریة نوح من قبل الأب أو من قبل الأم ، فیهت المجاع وردد یحیی له .

(وأسير وتاجر وصبي وعبد محجورين عن القتال) وصح محمد أمان العبد . وفي الخاتمة خدمة المسلم مولاه الحربي أمان له (ومجنون وشخص أسلم ثمة ولم يهاجر إلينا) لأنهم لا يملكون القتال والله أعلم .

باب المقم وقسمته

في المغرب: الغنيمة ما نيل من الكفار عنوة والحرب قائمة، فتخمس وباقيها للغنائمين والقيء: ما نيل منهم بعد كخراج

أنهم فقال الذي: قد أمتكم أو أن فلا المسلم قد أمتكم فيصبح في الوجوهين: أما لو قال له المسلم: قل لم إن فلانا أمتكم فيصبح في الوجه الثاني لأنه أدى الرسالة على وجهها دون الأول، لأنه خالف لأنه إنشاء عقد منه وهو لا يملكه، بخلاف قول المسلم له أنهم، لأن الذي صار مالكا للأمان بهذا الأمر، فيكون فيه بمنزلة مسلم آخر ونمائه في شرح السرخسي، وصرح أيضا بأنه يصبح سواء كان الآمر أمير العسكر أو رجلا غيره من المسلمين . لأن أمان الذي إنما لا يصبح لتهمة ميله إليهم وتزول التهمة إذا أمره مسلم به بخلاف ما لو أمره بالقتال إذ لا يتعين به معنى الخيرية في الأمان اهـ وبه ظهر أن ما في الزيلعي وغيره من تقييد الآمر بكونه أمير العسكر قيد اتفاق لأنه الأغلب فافهم (قوله وأسير وتاجر) لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافون به والأمان يختص بمحل الحرف بحر . ثم نقل في البحر عن الذخيرة: أنه لا يصبح أمانه في حق باقي المسلمين حتى كان لم أن يقيروا عليهم أما في حقه فصحيح، ويصير كالداخل فيهم بأمان فلا يأخذ شيئا من أموالهم بلا رضاهم وكذا معنى عدم صحة أمان بعد المحجور أي في حق غيره أما في حق نفسه فصحيح بلا خلاف اهـ . قلت: والظاهر أن التاجر المستامن كذلك .

[تنبيه] ذكر في شرح السير: لو أنهم الأسير ثم جاء بهم ليلا إلى عسكرنا فهم فء لكن لا تقتل رعايا استحسننا لأنهم جاءوا للاستئمان للقتال كالمحصور إذا جاء تاركا للقتال بأن ألقى السلاح ونادى بالأمان فإنه يأمن القتل (قوله محجورين عن القتال) فلو مأذونين فيه صح في الأصح اتفاقا، كما قدمنا (قوله وفي الخاتمة الخ) عبارتها: حربي له عبد كافر فأسلم العبد، ثم خدم مولاه كانت الخدمة أمانا اهـ وفيه أن تعليلهم عدم جواز أمان الأسير والتاجر، بأنهما مقهوران تحت أيديهم يقتضي عدم صحة هذا الفرع فتأمل اهـ ح .

قلت: يعين حل قوله كانت الخدمة أمانا على معنى كونها أمانا في حق العبد نفسه لافي حق باقي المسلمين نظير ما قدمناه عن الذخيرة في الأسير والعبد المحجور، ويدل عليه تعبير الخاتمة بالحربي: أي في دار الحرب من غير ذكر خروج ولا قتال إذ المسألة ذكرها في الخاتمة في فصل إعتاق الحربي العبد المسلم فافهم والله أعلم .

باب المقم وقسمته

لما ذكر القتال وما يسقطه شرع في بيان ما يحصل به (قوله والقيء ما نيل منهم بعد) أي بعد الحرب هذا لا يشمل هدية أهل الحرب بلا تقدم قتال:

مطلب بيان معنى الغنيمة والقيء

قال في المندية: الغنيمة اسم لما يؤخذ من أموال الكفرة بقوة الغزاة وقهر الكفرة، والقيء: ما أخذ منهم من غير قتال كالتجسس والجزية وفي الغنيمة الخمس دون القبيء وما يؤخذ منهم هدية أو سرقة أو غلبة أو هبة، فليس بغنيمة وهو لا يأخذ خاصة اهـ .

وهو لكافة المسلمين (إذا فتح الإمام بلدة صلحا جرى على موجهه وكذا من بعده) من الأرواح (وأرضها تبقى مملوكة لم ولو فتحها عنوة) بالفتح أى قهرا (قسمها بين الجيش) إن شاء (أو أنزلها عليها بجزية) على رؤوسهم (وخراج) على أراضيهم والأول أولى عند حاجة الفاعلين (أو أخرجهما منها وأنزل بها قوماً غيرهم ووضع عليهم الخراج) والجزية (لو) كانوا (كفارا) فلو مسلمين وضع العشر لاغير (وقتل الأسارى)

قلت : لكن فى شرح السبر الكبير لو وادع الإمام قوما من أهل الحرب سنة على مال دفعوه إليه جاز لو خيرا للمسلمين ، ثم هذا المال ليس بقى ولا غنيمة حتى لا يخمس ولكنه كالخراج يوضع فى بيت المال ، لأن الغنيمة اسم لئال مصاب بإيجاف الخيل والركاب والنقء اسم لما يرجع من أموالهم إلى أيدينا بطريق القهر ، وهذا رجع إليها بطريق المراضاة . فيكون كالجزية والخراج يوضع فى بيت المال اهـ ومقتضاه أن ما أخذ بالقتال والحرب غنيمة وما أخذه بعده مما وضع عليهم قهرا كالجزية والخراج فى وما أخذ منهم بلا حرب ولا قهر كهدية وتصلح فهو لا غنيمة ولا فى ، وحكمه حكم النقص لا يخمس ويوضع فى بيت المال فتأمل (قوله إذا فتح الإمام بلدة صلحا) ويعتبر فى صلحه الماء الخارجى والعشرى ، فإن كان ماؤهم خارجا صالحهم على الخراج وإلا فعل العشر أفاده القهستاني ط (قوله وكذا من بعده) فلا يغيره أحد لأنه بمنزلة نقض العهد ط (قوله أى قهرا) كذا فى الهداية . واتفق الشارحون على أن هذا ليس تفسيرا له لغة لأنها من عنا يعنو عنوة ذل وخضع ، لكن نقل فى البحر عن القاموس أن العنوة القهر . واعترضه فى التهر بأن صاحب القاموس لا يميز بين الحقيقى والمجازى ، بل سبى ذكر المعانى جملة أى يذكر المعانى الاصطلاحية مع اللغوية بلا تمييز

قلت : لكن نقل صاحب التهر فى أول باب العشر والخراج عن الفارابى أنه من الأضداد يطلق على الطاعة والقهر وكذا قال فى المصباح عنا يعنو عنوة إذا أخذ الشيء قهرا (وكذا إذا أخذه صلحا فهو من الأضداد ، وفتحت مكة عنوة أى قهرا اهـ (قوله قسمها بين الجيش) أى مع رؤوس أهلها استرقاقا وأموالهم بعد إخراج خبيثاتها بجهته فتح (قوله أو أنزل أهلها عليها) أى من عليهم برفاقهم وأرضهم وأموالهم ، ووضع الجزية على الرؤوس والخراج على أراضيهم من غير نظر إلى الماء الذى تسقى به أو ماء العشر كماء السماء والعيون والأودية والآبار . أو ماء الخراج كالأنهار التى شقها الأعاجم لأنه ابتداء التوظيف على الكافر ، وأما المن عليهم برفاقهم وأرضهم فكروه ، إلا أن يدفع إليهم من المال ما يمتنعون به من إقامة العمل والتفقة على أنفسهم وعلى الأراضى إلى أن يخرج الغلال وإلا فهو تكليف بما لا يطاق ، وأما المن عليهم برفاقهم مع المال دون الأرض أو برفاقهم فقط ، فلا يجوز لأنه إضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا فتح (قوله والأول أولى) عبارة الاختيار قالوا والأول أولى وعبر فى الفتح والبحر بقيل (قوله ووضع عليهم الخراج) أى على أرضهم (قوله وضع العشر لاغير) لأنه ابتداء وضع على المسلمين فتح .

[تنبيه] للشرنبلانى رسالة سماها [الدرة البقية فى الغنيمة] حاصلها : أن تخيير الإمام بين ما ذكره مخالف لإجماع الصحابة على ما فعله عمر من عدم قسمة الأراضى بين الفاعلين ، وعدم أخذ الخمس منها كما نقله حامداً وأقره :

قلت ؛ وقد يجاب بأن ما فعله عمر إنما فعله لأنه كان هو الأصلح إذ ذاك كما يعلم من القصة لالكونه هو اللازم ، كيف وقد قسم صلى الله عليه وسلم خيبر بين الفاعلين ، فلم أن الإمام يحذر فعل ما هو الأصلح فيفعله (قوله وقتل الأسارى) بضم الهزلة وفتحها قاموس والسباع الضم لاغير كما ذكره الرضى وغيره من المحققين : أى قتل الذين

إن شاء إن لم يسلّموا (أو استرقهم أو تركهم أحراراً ذمة لنا) إلا مشركي العرب والمتردين كما سيبيجي (وحرّم منهم) أي إطلاقتهم مجاناً ولو بعد إسلامهم ابن كمال لتعلق حق الغنائم ، وجوزّه الشافعي لقوله تعالى - فلما ننا بعد وإما فداء - قلنا نسخ بقوله تعالى - فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم - شرح مجمع (و) حرّم (فداؤهم) بعد تمام الحرب ، وأما قبله فيجوز بالمال لا بالأسير المسلم دور وصدر الشريعة وقال: يجوز وهو أظهر الروايتين عن الإمام شافعي. واتفقوا أنه لا يفادي بنساء وصبيان ونخيل وسلاح إلا بالضرورة ولا بأسير أسلم بمسلم أسير

يأخذهم من المقاتلين ، سواء كانوا من العرب أو العجم فلا تقتل النساء ولا الفراري بل يسترقون لمنفعة المساءم قهستاني (قوله إن لم يسلّموا) فلو أسلموا تعين الأسر (قوله أو استرقهم) وإسلامه لا يمنع استرقاقهم ، ما لم يكن قبل الأخذ كذا في الملتقى وشرحه (قوله ذمة لنا) أي حقاً واحباً لنا عليهم من الجزية والخراج . فإن الذمة الحق والعهد والأمان ويسمى أهل الذمة لدخولهم في عهد المسلمين وأمانهم كما قال ابن الأثير ، وقد طعن أن المعنى ليكونوا أهل ذمة لنا قهستاني (قوله إلا مشرك العرب والمتردين) فانهم لا يسترقون ولا يكونون ذمة لنا بل إما الاسلام أو السيف (قوله كما سيبيجي) أي فصل الجزية (قوله قلنا نسخ الخ) أي بآية - اقاتلوا المشركين - من سورة براءة فلما آخر سورة نزلت ففتح .

وأما ما روى أنه عليه الصلاة والسلام من على أبي عزة الجمحي يوم بدر فقد كان قبل الفسخ ، ولذا لم أمره يوم أحد قتله . وذكر محمد جواباً آخر ، وهو أنه كان من مشرك العرب ، وهم لا يؤسرون فليس في لمن عليه إبطال حق ثابت للمسلمين ، ونحن نقول به فيهم وفي المتردين وإن رأى الإمام النظر للمسلمين في المنع على بعض الأسارى ، فلا بأس به أيضاً لأنه عليه الصلاة والسلام من على عمة بن أنال الحنفي بشرط أن يقطع الميرة عن أهل مكة ففعل ذلك حتى قطعوا شرح السير لمختصاً . وقد نقل في الفتح أن قول مالك وأحمد كفوا لما ثم أيد مذهب الشافعي بما مر من قصة الجمحي ونحوها وقد علمت جوابه (قوله وحرّم فداؤهم الخ) أي إطلاق أسيرهم بأخذ بدل منهم إما مال أو أسير مسلم فالأول لا يجوز في المشهور ، ولا بأس به عند الحاجة على ما في السير الكبير وقال محمد : لا بأس به أو بحيث لا يرجي منه النسل كالشيخ الفاني كما في الاختيار ، وأما الثاني فلا يجوز عده ويجوز عندهما والأول الصحيح كما في الزاد لكن في المحيط أنه يجوز في ظاهر الرواية ونعامة في القهستاني . وذكر الزيلعي أيضاً عن السير الكبير : أن الجواز أظهر الروايتين عن أبي حنيفة وذكر في الفتح أنه قولهما وقول الأئمة الثلاثة وأنه ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في صحيح مسلم وغيره : أنه فدى رحابن من المسلمين برجل من المشركين وفدى بامرأة ناساً من المسلمين كانوا أسروا بمكة .

قلت : وعلى هذا فنقول المتون حرّم فداؤهم مقيد بالفداء بالمال عند عدم الحاجة أما الفداء بالمال عند الحاجة أو بأسرى المسلمين فهو جائز (قوله بعد تمام الحرب الخ) عبارة الدور وصدر الشريعة : وأما الفداء فقبل الفراغ من الحرب جاز بالمال لا بالأسير المسلم ، وبعده لا يجوز بالمال عند علمائنا ولا بالنفس عند الإمام ، وعند محمد يجوز ، وعن أبي يوسف روايتان وعبد الشافعي يجوز مطلقاً اهـ :

قلت : وهذا التفصيل خلاف الظاهر من كلامهم كما علمت ، ولذا قال ابن كمال بعد ذكره نحو ما نقلناه عنهم وهذا البيان ظاهر في عدم الفرق بين أن يكون ذلك قبل وضع الحرب أو زارها أو بعده اهـ وتبعه في النهي (قوله واتفقوا أنه لا يفادي بنساء وصبيان) إذ الصبيان يباعون فيقاتلون والنساء يلدن فيكثر نسلهم منح ولعل المنع فيها إذا أخذ البدل مالا ولا فقد جوزوا دفع أسراهم فداء لأسرنا مع أنهم إذا ذهبوا إلى دارهم يتنسلون ط (قوله ونخيل وسلاح) أي إذا أخذناهما منهم فطلبوا المقادة بما لم يجوز أن تفعل لأن فيه تقوية يكتسب بالقتال فيجوز من غير

إلا إذا أمن على إسلامه (و) حرم (ردهم إلى دارهم) ثابت في نسخ الشرح تبعاً للضرورة دون المتن تبعاً لآين الكمال للعلم به من منع المن بالأولى (و) حرم (عقر دابة شق نفلها) إلى دارنا (فتذبح وتحرق) بعده إذ لا يعذب بالنار إلا ربها (كما تحرق أسلحة وأمتعة تعدل نفلها وما لا يحرق منها) كحديد (يدفن بموضع خفي) وتكسر أو انهم وتراق أدهانهم مغليظة لم (ويترك صبيان ونساء منهم شق لإخراجها بأرض خربة حتى يموتوا جوعاً) وعطشا للمني عن قتلهم ولا وجه إلى إيقانهم (وجد المسلمون حية أو عقرباً في رحلم ثمة) أي في دار الحرب (ينزعون ذنب المغرب وأنياب الحية) قطعاً للضرورة هنا (بلا قتل) إبقاء للنسل تاتارخانية وفيها نساء مسلمات ثمة وأهل الحرب يجامعون الأموات يحرقون بالنار

ضرورة منح ط (قوله إلا إذا أمن على إسلامه) أي وطابت نفسه بدفعه فداء لأنه يفيد تخليص مسلم من غير إضرار لمسلم آخر فتح .

[تنبيه في الفتية : أراد في دار الحرب أن يشتري أسارى وفيهم رجال ونساء وعلما وجهاً فالأولى تقديم الرجال والجهال قال : وجوابه إن كان منصوباً من السلف فسمعا وطاعة وإلا فقتضية الدليل تقديم النساء صيانة لأوضاع المسلمين .

قلت : والعلماء احتراماً للعلماء . وعلل البزارى تأخير العالم لفضله لأنه لا يهدع بخلاف الجاهل در متني ، وقد يقال يقدم الرجال للاتضاع بهم في القتال ط وهذا ظاهر فيما إذا اضطر إليهم وإلا فصيانة الأبرصاء مقدمة على ذلك الاتضاع تأمل (قوله للعلم به) علة لسقوطه من المتن (قوله بالأولى) لأنه إذا حرم المن وهو الإطلاق يحرم الإطلاق مع الرد إلى الدار (قوله وحرم عقر دابة الخ) أي إذا أراد الإمام العود معه مواشي أهل الحرب ولم يقدر على نقلها إلى دارنا لا يعذبها كما تقتل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان فتح . وفي المغرب : عقر الناقة بالسيف ضرب قوائمها (قوله إذ لا يعذب بالنار إلا ربها) علة لمفهوم قوله بعده وهو عدم إحراقها قبل الذبح ، وفي صحيح البخاري « فإنه لا يعذب بها إلا الله » وأخرج البزار في مسنده عن حبان بن حبان قال : كنت عند أم الدرداء رضي الله عنها فأخذت برغوثاً فألقيتها في النار فقالت : سمعت أبا الدرداء يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يعذب بالنار إلا رب النار » فتح ملخصاً . ولا يرد هذا على مامر من جواز حرق أهل الحرب عند قتالهم لأن ذلك مقيد بما إذا لم يمكن الظفر بهم بدونه كما قدمناه عن شرح السيرفاهم ، وأورد الحنفي على جواز إحراقها بعد الذبح أنه يقتضي أن الميت لا يتألم مع أنه ورد أنه يتألم بكسر عظمه .

قلت : قد يجاب بأن هذا خاص ببني آدم لأنهم يتنصمون ويعذبون في قبورهم بخلاف غيرهم من الحيوانات ولا لزم أن لا ينفع بعظمها ونحوه ثم رأيت ط ذكر نحوه (قوله ولا وجه إلى إيقانهم) لتلا يعودوا حرباً علينا لأن النساء بن النسل والصبيان يلبغون فيصبرون حرباً علينا ولوالجية ، واعترضه في الفتح بأن تركهم كذلك أشد من القتل المنهي عنه في حقهم قال : اللهم إلا أن يضطروا إلى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا ضرورة أه وهو صحيح فإن الولوالجي صرح بأن ذلك عند عدم إمكان الإخراج لاسلطاً ، والمسألة في المحيط أيضاً بحروفه نظر فإن مراد الفتح أن تركهم في أرض خربة بلا طعام ولا شراب أشد من القتل ، فحيث لم يمكن إخراجهم فيتركوا في مكانهم بلا مباشرة السبب في إهلاكهم (قوله إبقاء للنسل) أي لتقتال بعد زجوع عسكري فتؤذي أهل الحرب (قوله يحرقون بالنار) أي إذا لم يمكن دفنهم بمحل يخفى عليهم ولم تطل المدة بحيث يفسخن ط .

(ولا تقسم غنیمۃ ثمة إلا إذا قسم) عن اجتهاد أو لحاجة الغزاة فنصح أو (للإيداع) فتحل إذا لم يكن الإمام حوالة فإن أبوا حل بغيرهم بأجر المثل روايتان ، فإذا تعذر فإن بحال لو قسمها قدر كل على حمله قسم بينهم وإلا فهو ماشق نقله وسبق حكمه (ولم تبع) الغنیمۃ (قبلها) لا الإمام ولا لغيره يعنى لا تتحول إذا لو باع شيئا قطعا جاز جوهرۃ (ورد) البيع (لو وقع) دفعا للفساد فإن لم يمكن رد ثمنه للغنیمۃ خائبة (ومدد لحقهم ثمة

مطلب فی قسمة الغنیمۃ

(قوله ولا تقسم غنیمۃ ثمة) على المشهور من مذهب أصحابنا لأنهم لا يملكونها قبل الإحراز ، وقيل تكره تحريما در متنی (قوله أو لحاجة الغزاة) وكذا لو طلبوا القسمة من الإمام ونحش القسمة كما فی الهندية عن المحيط (قوله فتصح) أى وثبت الأحكام فتح أى من حل الوطاء والبيع والعق والإرث . بخلاف ما قبل القسمة بدون اجتهاد أو احتیاج ، وأو بعد الإحراز بدارنا قال فی الدر المنثور : والذى قرره فى المبح كثيره أنه لا ملك بعد الإحراز بدارنا أيضا إلا بالقسمة ، فلا يثبت بالإحراز ملك لأحد ، بل يتأكد الحق ولهذا لو أعتق واحد من العائين عبدا بعد الإحراز لا يعتق ، ولو كان له ملك ولو بشركة لعق وحكم استيلاء الجارية بعد الإحراز قبل القسمة وبعدها سواء ، نعم لو قسمت الغنیمۃ على الرایات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاء أحدهم وعنه حركة الخاصة حيث كانوا قليلا كثرة فأقل وقيل كأربعين والأولى تفويضه للإمام اهـ . وانما الكلام فيه

والحاصل كما فی الفتح عن الميسوط : أن الحق يثبت عندنا بنفس الأخذ ويتأكد بالإحراز ويثبت بالخدمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتأكد بالطاب ويتم الملك بالأخذ وما دام الحق ضعيفا لا يجوز القسمة اهـ . ويبنى على هذا ما يأتى فى المتن من عدم جوار البيع بل القسمة ومن استحقاق المدد لأمن مات قبلها كما يأتى بيانه .

قلت : وهذا كله إذا لم يظهر عسكرنا على البلد ، ولو ظهورا عليها وصارت بلد إسلام صارت الغنیمۃ محرره بدارنا ويتأكد الحق فتصح القسمة كما يأتى التنبیه عليه قريبا (قوله فتحل) عبر بالحل فيها قد نهى بالصحة لأنه ليس المراد هنا قسمة التقليل بل الإيداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرجعها لهم ويقسمها كما فى الجوهرۃ وغيره فليست قسمة حقيقية حتى توصف بالصحة (قوله حوالة) بفتح الحاء كل ما احتمل عليه من هار وغيره سواء كانت عليه الأحوال أو لم تكن اهـ ح (قوله روايتان) قال فى الفتح : والأوجه أنه إن خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنیمۃ يفعل هذا ، وإن لم يخف قسمها قسمة الغنیمۃ فدار الحرب لأنها تصح للحاجة وفيه إسقاط الإكراه وإسقاط الأجر إذا وقوله : يفعل هذا أى يجبرهم بأجر المثل (قوله فإذا تعذر) أى القسم للإيداع بسبب عدم الإيجاب على إحدى الروايتين أو لم يوجد عندهم حوالة على الرواية الأخرى قسمها بينهم حينئذ اهـ ح (قوله ولم تبع الغنیمۃ قبلها) أى قبل القسمة سواء كان فى دار الحرب أو بعد الإحراز فى دارنا شرنا لئلا يأتى لها لا تملك قبل القسمة كما علمت قال فى الفتح : وهذا ظاهر فى بيع الغزاة ، وأما بيع الإمام لما فذكر الطحاوى أنه يصح لأنه يجتهد فيه يعنى أنه لا بد أن يكون الإمام رأى المصلحة فى ذلك ، وأقله تخفيف إكراه الحمل عن الناس أو عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنة عنهم فيقع عن اجتهاد فى المصلحة فلا يقع جزافا فينتقد بلا كراهة ، طائفا ما وبه يظهر ماى قوله لا للإمام ولا لغيره (قوله جوهرۃ) نص عبارتها : ولا يجوز بيع الثمن قبل القسمة ، لأنه لا ملك لأحد فيها قبل ذلك ، وإنما أبيع لم بالطعام والعلف للحاجة ومن أبيع له تناول شيء لم يجز له بيعه كمن أبيع طعاما لغيره اهـ . فقوله : وإنما أبيع لم الخ جواب سؤال تقديره كيف لا يجوز البيع مع أنه يجوز لم الانتفاع بالطعام والعلف كما يأتى والجواب ظاهر ولا يجوز أنه ليس المراد بيع شيء بطعام ، وإن كان الظاهر أن الحكم كذلك (قوله ومدد لحقهم ثمة) أى إذا لم يأت الحق

کفائل لاسوق) وحرری أو مرتد أسلم ثمة (بلا قتال) فان قاتلوا شاركوهم (ولا من مات ثمة قبل قسمة أو بيع ، و) او مات (بعد أحدهما ثمة أو بعد الإحراز بدارنا یورث نصيبه) لتأكد ملكه فثارخانیة و فيها ادعی رجل شهود الوقعة وبرهن وقد قسمت لم تنقص استحصانا ويعوض بقدر حفظه من بیت المال ، وما فی البحر من قیاس الوقف علی الغنیمه رده فی النهر وحررناه فی الوقف

المقاتلین فی دار الحرب جماعة یمدونهم ویصرونهم شاركوهم فی الغنیمه لما برهن أن المقاتلین لم یملکوها قبل القسمة ، وذكر فی التارخانیة أنه لاتقطع مشاركة المدد لم إلا بثلاث إحداها : إحراز الغنیمه بدارنا. الثانية : قسمتها فی دار الحرب. الثالثة : بیع الإمام لما ثمة لأن المدد لا یشارك الجیش فی الفتن اه قال فی الشرع بلایة وتقییده بقوله ثمة أى فی دار الحرب إشارة إلى أنه لو فتح المسکر یلدا بدار الحرب واستظفروا علیه ثم لحقهم المدد لم یشاركهم لأنه صار بلد الإسلام ، فصارت الغنیمه محررة بدار الإسلام نص علیہ فی الاختیار اه :

قلت . وكذا فی شرح السیر وزاد أن مثله لو وقع قتال أهل الحرب فی دارنا فلا شیء للمدد . [تنبيه] قال فی البحر : وأفاد المصنف أن المقاتل و غیره سواء ، حتی یمسح الجندی الذی لم یقاتل لمرض أو غیره ، وأنه لا یمیز واحد علی آخر بشیء حتی أمیر المسکر ، وهذا بلا خلاف کذا فی الفتح وفی المحيط والمنطوع فی الغزو وصاحب الدبیران سواء (قوله لاسوق) هو الخارج مع المسکر للتجارة نهر (قوله أسلم ثمة) هائد علی الحری والمرتد وأفرد الضمیر للعطف بأو وزاد فی الفتح التاجر الذی دخل بأمان ولحق المسکر وقاتل (قوله ولو مات بعد أحدهما) أى بعد القسمة أو البیع بناء علی ما قدمناه عن الطحاوی من أن للإمام بیع الغنیمه (قوله أو بعد الإحراز بدارنا) قال فی الدر المنقی : ویبغی أن یزاد رابع هو التنبیل فسیجی أنه یورث عنه وإن کان مات بدار الحرب وإن لم ینبث له الملك فیہ و فیها بلغز : أى مال یورث ولا یملک مورثه ؟ ولم أر من نبه علی ذلك هنا فلیظن اه .

قلت : وفی التارخانیة عن المفسرات ومن مات فی دار الحرب من القاتلین بعد القسمة أو الاحراز بدارنا أو بعد بیع الإمام الغنائم فی دارنا أو فی دار الحرب لیقسم الثمن بینهم أو بعد ما قبل لهم شیئا تم ریضا أو بعد ما فتح الدار وجعلها دار اسلام فثمة یورث نصيبه وإن مات قبل واحد من هذه بعد إصابة الغنیمه لا یورث اه والظاهر أنه یملک ما قبضه بالتنبیل ثمة فی كلام الدر المنقی نظر فتدبر (قوله لتأكد ملكه) علة لقوله أو بعد الإحراز بدارنا فیورث نصيبه إذا مات فی دارنا قبل القسمة لتأكد لا الملك لأنه لا ملک قبل القسمة ، وهذا لأن الحق المأکد یورث کحق الرهن والرد بالعیب بخلاف الضعیف کالثمنه وخیار الشرط فتح (قوله استحصانا) لعل وجهه تعمير النقص :

مطلب فی أن معلوم المستحق من الوقف هل یورث

(قوله وما فی البحر من قیاس الوقف) أى علة الوقف فله قال إنهم صرحوا بأن معلوم المستحق لا یورث بعد موته علی أحد القولین . ولم أر ترجیحا ویبغی التفصیل ، فن مات بعد خروج الغلة وإحراز الناظر لما قبل القسمة یورث نصيبه لتأكد الحق فیہ کالغنیمه بعد الإحراز بدارنا وإن مات قبل الإحراز فی ید المتولی لا یورث . (قوله رده فی النهر) حیث قال : أقول فی الدور والنهر عن فوائد صاحب المحيط للإمام والمؤذن وقف فلم یستوفها حتی مانا سقط لأنه فی معنى الصلة وكذا القاضی وقیل لا یسقط لأنه کالأجرة اه . وجزم فی البغیة بأنه یورث بخلاف رزق القاضی : وأنت خیر بأن ما یأخذه القاضی لیس صلة کما هو ظاهر ولا أجرا لأن مثل هذه العبادة لم یقل أحد یجوز الاستئجار علیها بخلاف ما یأخذه الإمام والمؤذن فإنه لا ینفک عنهما فبالنظر إلى الأجرة

أى للعائین لا غیر (الانتفاع فیها) أى فی دار الحرب (بعلف وطعام وحطب وسلاح ودهن بلاقسمة) أطلق الكل تبعاً للکثر وقيد فی الوقایة السلاح بالحاجة ،

یورث ما یتحقق إذا استحق غیر مقید بظهور الغلة وقبضها فی ید الناظر وبالطریق إلى الصلة لایورث وإن قبضه الناظر قبل الموت وبهذا عرف أن القیاس علی الغنیمة عبر صحیح ، وسیأتی لهذا مزید بیان فی الوقف إن شاء الله تعالى اهـ .

أقول : لم یف بما وعد من بیانه فی الوقف ، وقوله إن ما یأخذہ القاضی ینس صلة مخالف لما فی الهدایة وغیرها قبیل باب المرتد كما سیأتی نعم ما یأخذہ الإمام ونحوه فیه معنی الصلة ومعنی الأجرة ، والظاهر أن ذلك منشأ الخلاف المحکی فی الدرر لكن ما جزم به فی الغنیمة (۱) یقتضی ترجیح جانب الأجرة ، وهو ظاهر لاسیما علی ما أفنی به المتأخرون من جوار الأجرة علی الأذان والإمامة والتعليم وعلى هذا مشی الإمام الطرسوسی فی أنفع الوسائل علی أن المدرس ونحوه من أصحاب الوظائف إذا مات فی أثناء السنة یعطى بقدر ما یبشر ویسقط الباقی قال غفرلہ الوقف علی الأولاد والذریة فإنه إذا مات مستحق منهم ینتظر فی حقه وقت ظهور الغلة ، فإن مات بعد ظهورها ولو لم ید صلاحها صار ما ینتظره لورثته وإلا سقط اهـ . وتنع فی الأشباه وأفنی به فی الفتاوی الخلیفة ، فلیکن العمل علیه من التفصیل . والفرق بین کون المستحق مثل المدرس أو من الأولاد والله تعالى أعلم ، ثم رأیت الشیخ استعمل فی شرحه علی الدرر نقل قبیل باب المرتد مثل ذلك عن المصنف أبی السعود ، وأن المدرس الذی یتحق الوظيفة من وقت إعطاء السلطان فتلحق الأیام الی قبل المباشرة بأیام المباشرة حیث کان الأخذ عن مبدء لها من مبادئ أیام المباشرة کأیام التعطیل اهـ .

[تنبیہ] ظهر من کلام الطرسوسی أن معلوم المدرس ونحوه یورث عنه بقدر ما یبشر وإن لم تطهر ائمة وإن معلوم المستحق فی وقف الذریة یورث عنه بموته بعد ظهور العدة وإن لم یقبضها الناظر علی خلاف مامر عن البحر ، وینبی أن ینکون الغلة بعض قبض الناظر لها ملکاً للمستحقین وإن لم تقسم حیث كانوا مائة فأقل قیاساً علی الغنیمة إذا قسمت علی الرایات قبل أن تقسم علی الرعوس فقد مر قریباً أنها تملك للشركة الخاصة ؛ فالخاسل : أن غلة الوقف بعد ظهورها تورث لأنه تأکید فیها حق المستحقین وبعد إحرازها ید الناظر صارت ملکاً لم وهی فی یده أمانة لم یضمینها إذا استهلكها وأهلکت بعد امتناعه عن قسمتها إذا طلبوا القسمة وإذا كانت حنطة أو نحوها یصح شراء الناظر حصه أحدهم منها هذا ما ظهر لی ، ویؤیده ما یأتی فی الحوالة إن شاء الله تعالى عن البحر حیث جعل الحوالة علی الناظر من المستحق کالحوالة علی المودع والله سبحانه أعلم (قوله أى للعائین) أى عن له سهم أو راضی شریک لایة ، ویاخذ الجندی ما ینکفه ومن معه من عبیده ونسائه وصبیانه الذین دخلوا معه بحر (قوله لا غیر) فخرج التاجر والدخل لخدمة الجندی بأجر إلا أن ینکون قد خبز الحنطة أو طبخ اللحم ، فلا بأس به حیث أنه لیس له ملک بالابتیلاک ولو فعلوا لأضمان علیهم بحر (قوله بعلف) ولا بأس بعلف دوابه البر إذا لم یوجد الشحیر ذو متقی (قوله وطعام) أطلقه فشمّل المهیأ للأكل وغیره حتی ینجز لم ذبیح المواشی . ویردون جلودها فی الغنیمة بحر (قوله ودهن) بالضم ما یدهن به أما بالفتح فهو مصدر ، والأول هنا أولى لتناسق المعطوفات خلافاً للعبی كما أفاده فی التهر ، والمراد بالدهن ما یؤکل لقول التزیلی إن ما لا یؤکل عادة لا ینجز له تناوله مثل الأدوية والطب ودهن التفسیح وما أشبه ذلك اهـ . ولا شک أنه لو تحقق بأحدهم مرض یجوجه إلى استعمالها جاز كما بحث فی الفتح وصرح به فی المحيط بحر (قوله وقید فی الوقایة البخ) قال فی الدرر المنتقى : أعلم أنه ذکر فی فتح

(۱) قوله (الغنیمة) هكذا بخط یحیی صلیة عن والدی سب بخط الغلبة بموحدة فیهی صلیة بالحرر اهـ .

وهو الحق وقيد الكل في الظهيرة بعدم نهى الإمام عن أكله فإن نهى لم يبح فينبى تقييد المتون به (و) بلا (بيع) وتقول (فلو باع رد ثمنه) ، فان قسمت تصديق به لو غير فقير . ومن وجد مالا يملكه أهل الحرب كصيد وعسل فهو مشترك فيتوقف بيعه على إجازة الأمير فإن هلك أو ألغى أنفع أجزائه وإلا رده للغنيمة بحر (وبعد الخروج منها لا) إلا برضاهم (ومن أسلم منهم)

القدر أن استعمال السلاح والبركاع والغرس إنما يجوز بشرط الحاجة بأن مات قرسه أو انكسر سيفه أما إذا أراد أن يوفر سيفه وقرسه باستعمال ذلك فلا يجوز ، ولو فعل أثم ولا ضمان عليه إن تلف ، وأما غير السلاح وبحره مما مر كالطعام فشرط في السير الصغير الحاجة إلى التناول من ذلك وهو القياس ، ولم يشترطها في السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الأئمة الثلاثة . فيجوز لكل من الغنى والفقير تناوله اه مخلصا وهكذا ذكره في الشرنبلالية ، ولا يخفى ترجيح الاستحسان هنا .

قلت : وهو ما اختاره المأثور يعنى صاحب المتن وهو الحق كما حملت اه . قال في التهر : ولو احتاج الكل إلى السلاح والياب قسمها حيث لا خلاف السبي إذا احتج إليه ولو للخدمة لكونه من فضول الحوائج اه وفسر الحاجة بالفقر . قلت : والظاهر أنها أعم إذ لو كان غنيا ولا يجد ما يشتره فهو كذلك (قوله فلان نهى لم يبح) والحاصل منع الانتفاع بسلاح ودواب ودواء إلا الحاجة وحل المأكول مطلقا إلا نهى الإمام ، فالمنع مطلقا كنع استباحة الفرج مطلقا لأن الفرج لا يحل إلا بالملك ، ولما ملك قبل الإحراز بدارنا ولو أنه المأسورة ، بخلاف امرأته المأسورة ومدبرته وأم ولده إن لم يها من الحرب كما سيجىء فليحفظ درمتنى :

لكن في البحر ينبغي أن يقيد النهى عن المأكول والمشروب بما إذا لم تكن حاجة فإن كانت لا يعمل فيه اه (قوله وبلا بيع وتقول) أى لا ينتفع بالكل بالبيع في دار الحرب قبل القسمة أصلا احتج إليه أولا ولا القول لعدم الملك ؛ وإنما أبيع الانتفاع بالحاجة ، والمباح له لا يملك البيع در متنى والمراد بالقول أن يبقى ذلك الشيء عنده يجعله مالا له ، ولذا قال الفتاوى وإذا استعمل السلاح ونحوه برده إلى المقتم (قوله رد ثمنه) أى إذا أجزأه الإمام لأهله بيع الفضول نهر (قوله فلان قسمت) أى الغنيمة تصديق به أى بالثمن لأنه لقلته لا يمكن قسمة فتعذر إيصاله إلى مستحقه فيتصدق به كالبقعة كما في الفتح (قوله لو غير فقير) فلو فقيرا يأكله بحر (قوله ولا يملكه أهل الحرب) أى شيئا غير مملوك لم يكن يخص منه ما يشترك فيه العامة لما في البحر لو حش الجندي الحشيش في دار الحرب أو اسقى الماء وباعه طلب له ثمنه (قوله فهو مشترك) أى بين الغانمين فلا يختص به الآخر بحر (قوله أجزأه) أى وأخذ الثمن ورده في الغنيمة وقسمه بين الغانمين بحر (قوله وإلا) صادق بصورتين : إحداهما لو كان المبيع قائما ، والثانية : لو كان البيع أنفع من الثمن ، وظاهر أنه فيما يفسخ البيع ويرد المبيع الغنيمة مع أنه إذا كان قائما والثمن أنفع لم أجزأه كما في البحر فيعتين حل قوله أو الثمن أنفع حل معنى أولم يهلك والثمن أنفع (قوله وبعد الخروج منها) أى من دار الحرب لا : أى لا ينتفع بشيء مما ذكر لزوال المبيع ، ولأن حقهم قد تأكد حتى يورث نصيبهم بحر .

راد في الكل وغيره وما فضل رده أى واللى فضل في يده مما أخذه قبل الخروج من دار الحرب ورده لأخذ إلى الغنيمة بعد الخروج إلى دارنا لزوال الحاجة التى هى مناط الإباحة وهذا الصليل يفيد أنه لو كان فقيرا أكله بالضممان كما في المحيط هذا كله قبل القسمة أما بعدها فإن كان غنيا وكانت العين قائمة تصديق بها وبقيمتها لو هالكت ، وإن كان فقيرا انتفع بها نهر (قوله ومن أسلم منهم) أى في دار الحرب لأن المستأمن إذا أسلم في دار

قبل مسكه (عصم نفسه وطفله وكل مامعه) فإن كانوا أخذوا أحرز نفسه فقط (أو أودعه معصوما) ولو ذميا فلو عند حربى ففىء كما لو أسلم ثم خرج إلينا ثم ظهرنا على الدار قاله ثمة فىء سوى طفله لاتباعه (لا ولده الكبير وزوجته وحملها وعقاره وعبيده المقاتل) وأمه المقاتلة وحملها لأنه جزء الأم.

(حربى دخل دارنا بغير أمان) فأخذه أحدنا (فهو) وما معه (فىء) لكل المسلمين سواء (أخذ قبل الإسلام أو بعده) وقالوا لأخذه خاصة وفى الخمس روايتان قنية: وفيها استأجره لخدمة سفره ففزا بفارس المستأجر وسلاحه فسهما بينهما إلا إذا شرط فى العقد أنه للمستأجر.

فصل فى كيفية القسمة

الإسلام، ثم ظهرنا على داره فجميع ماخلفه فيها من الأولاد الصغار والمال فىء لأن التباين قاطع للعصمة ولاتبعية بحر (قوله قبل مسكه) قيد به لأنه أو أسلم بعده فهو عبد؛ لأنه أسلم بعد انعقاد سبب الملك فيه بحر وقيد فى البحر وتبعه فى النهر بقيد آخر وهو قوله ولم يخرج إلينا وفيه كلام يأبى قريبا (قوله فإن كانوا أخذوا) أى قبل إسلامه (قوله أو أودعه معصوما) قيد بالوديعة لأن ما كان غصبا فى يد مسلم أودى فهو فىء عبد الإمام خلافا لما بحر (قوله سوى طفله) كذا نقله فى التبر عن الفتح مع أنه فى الفتح قال بعده: وما أودعه مسلما أودى ما ليس فىءا فقد نظر إلى صدر كلامه الموهوم ولم ينظر إلى عجزه وسأبى المسألة فى المستأمن مثنا حيث قال: وإن أسلم ثمة فجهادنا فظهر عليهم فطفله حر مسلم ووديعته مع معصوم له وغيره فىء ومن ثم قال الربيعى هناك: إن حكمه المسائلتين واحد وبه ظهر أن تقييد البحر بقوله ولم يخرج إلينا غير صحيح (قوله لاولده الكبير) لأنه كافر حربى ولاتبعية وكذا زوجته بحر ومفاده أن المراد بالكبير البالغ؛ وأن الصغير يتبعه ولو كان يعبر عن نفسه، خلافا لما قبل إنه لا يتبعه فى الإسلام، إلا إذ كان صغيرا لا يعبر عن نفسه كما قدمناه فى الجنائز وسذكره أيضا فى فصل استئذان الكافر فاغتنم ذلك فإنه أخطأ فيه كثير (قوله وحملها) لأنه جزء منها فيرقى برقها والمسلم محل لتملك تبعها لغيره بخلاف المنفصل، لأنه حر لا نعدام الجارية عند ذلك بحر (قوله وعقاره) وكذا ما به من ربح لم يحصد لأنه فى يد أهل الدار إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن فى يده إلا حكما نهر (قوله وعبيده المقاتل) لأنه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لأهل داره بحر (قوله قبل الإسلام أو بعده) لعله لانعقاد سبب الملك فيه للمسلمين والإسلام لا يمنع الرقب السابق عليه ط (قوله وقالوا لأخذه) أى هو لمن أخذه خاصة وقدمنا قبل هذا الباب عن شرح السير نسبة هذا القول لمحمد (قوله وفى الخمس) أى فى وجوب الخمس روايتان عن الإمام وكذا عن محمد كما قدمناه (قوله استأجره لخدمة سفره الخ) هذه من مسائل الفصل الآتى ووجهها غير ظاهر، فإن أجبر الغاوى للخدمة لاسمهم له لأخذه على خروجهم مالا إلا إذا قاتل وترك العمل كما فى شرح السير وفيه لو دخل دار الحرب فارسا ثم دفع فرسه لرجل ليقاتل عليه على أن سهم الفرس لصاحبه جاز لأنه لو لم يشرط ذلك كان سهم فرسه له ولو كان ذلك قبل الدخول فسهم الفرس لمن أدخله دار الحرب لأن السبب وهو الانفصال فارسا قد انعقد له ويكون لصاحب الفرس عليه أجر مثل فرسه اه ما خصا فتأمل والله سبحانه وتعالى أعلم.

مطلب مخالفة الأمير حرام

فصل فى كيفية القسمة

لما فرغ من بيان القسمة شرع فى بيان قسمتها وأفردها بفصل لسكونة شعبها وهو جعل التصيب الشائع معنا نهر. قال فى الملتقى: ويبغى للإمام أن يعرض الجيش عند دخول دار الحرب ليعلم الفارس من الراجل قال

(المعتبر في الاستحقاق) لسهم فارس وراجل (وقت المجاوزة) أي الانفصال من دارنا وعند الشافعي وقت القتال (قلو دخل دار الحرب فارسا ففتق) أي مات (فرسه استحق سهمين ومن دخل راجلا فشرى فرسا استحق سهما ولا يسهم لغير فرس واحد) صحيح كبير (صالح لقتال) فلو مريضا إن صح قبل الغنيمة استحقه استحسانا لا لو مهرا فكبر تنازخانية ، وكان الفرق حصول الإرهاب بكبير مريض بالملهر ولو غصب فرسه قبل دخوله أو ركبته آخر أو نفر ودخل راجلا ثم أخذه

في شرحه : وأن يكتب اجتماعهم وأن يؤمر عليهم من كان بصيرا بأمور الحرب وتدبيرها ولو من الموالي وعليهم طاعته لأن مخالفة الأمير حرام إلا إذا تنفق الأكثر أنه ضرر فيبيع اه (قوله المعتبر في الاستحقاق) أي استحقاق العائدين لأربعة أخماس الغنيمة ، لأن خسبا يخرج به الإمام لله تعالى كما سيجيء قال تعالى : فإن لله خمسة وللرسول - در متقى (قوله وقت المجاوزة) برفع وقت على أنه غير المبتدأ (قوله أي الانفصال من دارنا) أي مجاوزة الدرب ومن أحد الفاصل بين دار الإسلام ودار الحرب نهر (قوله فلو دخل دار الحرب فارسا) هو من فرسه ، ولو في سبعية كما في الشربلية عن الاختيار وغيره ، لأنه نأهب للقتال على الفرس والمتأهب للشيء كما مباشر له (قوله ففتق) كفتح وصر نعد وفنى قاموس ط وشمل ما لو قتل فرسه رجل وأخذ منه القيمة كما في البحر ، وماله ماؤ أخذ العدو كما في شرح السير واحترز به عما لو باعه قبل القتال فإنه يستحق سهم راجل كما يأتي (قوله استحق سهمين) سهم لنفسه وسهم لفرسه ، وهذا عنده وعندهما ثلاثة أسهم له سهم ولفرسه سهمان ، لأنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك على ما رواه البخاري وغيره ، وحله أبو حنيفة على التفتيل توفيقا بين الروايات ملتنى وشرحه ، وإذا كان حديث في البخاري وحديث آخر في غيره رجاله رجال الصحيح أو رجال روى عنهم البخاري كان الحديثان متساويين والقول بأن الأول أصح تحكم لنقول به مع أن الجمع وإن كان أحدهما أقوى من إبطال الآخر وتماه في الفتع (قوله ولا يسهم لغير فرس واحد) وعند أبي يوسف يسهم لفرسين ، وما روى فيه يحمل على التفتيل أيضا در متقى (قوله صالح للقتال) اعترض بأن هذا يعني عن قوله صحيح كبير ، وفيه أنه لا يلزم ، بل كونه صحيحا كبيرا صلاحه للقتال لجواز كونه حرونا أو لا يمرى فلا يصح للكر والفر أفاده ط لكن مراد المعترض أن كلام المتن يعني عازا زاده الشارح ، فالأولى الجواب بأنه زاد ذلك نفسيرا لأمول المتن صالح للقتال نعم كان الأولى تأخيرها عنه كما فعله في الشربلية فافهم .

[تنبيه] بشرط في الفرس أن لا يكون مشتركا فلا سهم لفرس مشترك للقتال عليه ، إلا إذا استأجر أحده المشركين حصصه الآخر قبل الدخول در متقى ، واستفيد منه أنه لا يشترط أن يكون الفرس ملكه فيشمل المستأجر والمستعار وكذا المصوب كما يأتي (قوله لا لو مهرا فكبر) أي بأن طال المكث في دار الحرب ، حتى بلغ المهر وصار صالحا للركوب فقاتل عليه لا يستحق سهم الفرسان بحر (قوله وكان الفرق الخ) هو لصاحب البحر ، ولا يظهر إذا كان المرض بينا أفاده ط .

قلت : وقد ذكر الفرق الإمام السرخسي ، وهو أن المريض كان صالحا للقتال عليه إلا أنه تعلل لعراض على شرف الزوال فإذا زال صار كأن لم يكن بخلاف المهر فإنه ما كان صالحا ، وإنما صار صالحا في دار الحرب ويوضحه أن الصغيرة لانفقه لها على زوجها لأنها لا تصلح لخدمة الزوج بخلاف المريضة لأنها كانت صالحة ولكن تعلل ذلك لعراض اه ملخصا (قوله قبل دخوله) أي في أحد الفاصل بين دارنا ودار الحرب (قوله ثم أخذه) أي في المسائل المذكورة : أي أخذه قبل القتال فله سهمان استحسانا لأنه أترم مؤنة الفرس منه حين خروجه من

فله سهمان لا لو باعه ولو بعد تمام القتال فإنه يسقط في الأصح لأنه ظهر أن قصده التجارة فتح . وثقه المصنف
لكن قفل في الشربلالية عن الجوهره والتبيين ما يخالفه ، وفي القهستاني : لو باعه في وقت القتال فراجل على الأصح
ولو بعد تمام القتال فارس بالاتفاق انتهى فتنبه ولتحفظ هذه القيود خوف الخطأ في الافتاء والقضاء (ولا) يسهم
(العبد وصبي وامرأة وذئ) ويجنون ومعتوه ومكاتب (ورضخ لهم) قبل إخراج الخمس عندنا (إذا) باشروا القتال

أهله وقاتل عليه ، فلا يحرم سهمه بعارض غصب ونحوه فيها بين ذلك أما لو قاتل عليه الغاصب حتى غنموا
وخرجوا فله سهم الفارس إذ لا فرق بين الفرس المغصوب والمملوك ، وللغاصب سهم راجل كما لو كان الغصب بعد دخول در
أصابوا غنائم بعد أخذه فرسه فله منها سهم فارس ، وللغاصب سهم راجل كما لو كان الغصب بعد دخول در
الحرب وتماه في شرح السير (قوله فله سهمان) وكذا لو جاوزه أي جاوز الدرب مستأجرا أو مستعيرا وحضر
به أي حضر به الوقعة وكذا الغاصب . لكن يستحقه من وجه محظور فيتصدق به جوهره . وفي المسح لو رحه
الواهب فالهوب له فارس فيها أصابه قبل الرجوع وراجل فيها أصابه بعده والراجع راجل نصف اه در متن
أي لأنه جاور الدرب راجلا باختياره كالموجر والمعير بخلاف المغصوب منه (قوله لا لو باعه) أي تخبره وو
مكرها فله سهم فارس ، كما في البحر وكالبيع مالو رهنه أو أجره أو وهبه بحر (قوله ولو به تمام الدرب) مع
في هذا المصنف حيث قال وفي فتح القدير لو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط عند البعض ، قال المصنف
يعني صاحب الهداية الأصح أنه يسقط لأنه ظهر أن قصده التجارة اه وهو غاط في القل ، عن المتح وهذا عبار
المتح ولو باعه بعد الفراغ من القتال لم يسقط سهم الفارس بالاتفاق ، وكذا إذا باعه بدل القتال لا يسقط عند
البعض قال المصنف ، الأصح أنه يسقط لأنه ظهر أن قصده التجارة اه ومثله في التبيين والجوهره وعارة
القهستاني موافقة له فلا معنى للاستدراك اه ح ملخصا .

قلت : والظاهر أنه سقط من نسخة المصنف ما بين لفظي القتال ، فحصل الاختلاف فاستدرج الشارح .
في محله . نعم كان الأولى له مراجعة عبارة الفتح فافهم (قوله ولتحفظ هذه القيود) أي المذكورة في قوله ولا يسهم
لغير فارس واحد صحيح كبير صالح للقتال ، كما هو صريح عبارته في شرحه على المتنق ، وأصل ذلك للمصنف
قوله بعد أن قيد المتن بقوله : صالح للقتال قال : إن صاحب الكنز وغيره من أصحاب المتن أدخل بما ذكره
من القيد وإن العجب من أصحاب المتن لمنهم يتركون في متونهم قيودا لا بد منها : وهي موضوعة لنقل المذهب ،
فيظن من يقف على مسأله الإحلاق ، فيجري الحكم على إطلاقه ، وهو مقيد فيرتكب الخطأ في كثير من الأحكام
في الافتاء والقضاء اه فافهم (قوله وذئ) ولو أسلم أو بلغ المراهق قبل القسمة والخروج إلى دار الإسلام يسهم له
كما في شرح السير ، والظاهر أن العبد إذا اعتق كذلك (قوله ورضخ لهم) أي يعطون قليلا من كثير فإن الرضيخة
هي الإعطاء كذلك ، والكثير السهم فالرضخ لا يبلغ السهم فتح (قوله عندنا) وفي قول للشافعي ورواية عن أحمد
أنه من أربعة الأخماس فتح (قوله إذا باشروا القتال) شمل المرأة فلانها يرضخ لها إذا قاتلت أيضا وأطلق مباشرة
القتال في العبد ، فشمل ما إذا قاتل بإذن سيده أو بدونه كما في الفتح وبه صرح في شرح السير الكبير ، وقال :
القياس أنه إذا قاتل بلا إذن المولى لا يرضخ له كمتأمن قاتل بلا إذن الإمام ، والاستحسان أنه يرضخ له لأنه غير
محمور عما يتمحض منفعة ، وهو نظير القياس والاستحسان في العبد المحجور إذا أجز نفسه وسلم من العمل اه
ملخصا وبه ظهر أن قوله في الواولية إن العبد إذا كان مع مولا يقاتل بإذنه يرضخ له غير قيد خلافا لما فهمه
في البحر ولم أر من نبه عليه فتنبه ، وظهر به أيضا أن قوله في العقبوية : ينبغي أن يسهم للعبد المأذون بحث
محال للمنفوق :

أو كانت المرأة تقوم بما صالح المرضى (أو تدأوى الجرحى) (أو دل الذى على الطريق) ومفاده جواز الاستعانة بالكافر عند الحاجة وقد استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود ورضخ لهم (ولا يبلغ به السهم إلا فى الذى) إذا دل فیزاد على السهم لأنه كالأجرة (والبراذين) خيل العجم (والتناق) بكسر العين جمع عتيق كرام خيل العرب والمهجين الذى أبوه عربى وأمه عجمية والمقرف عكسه قاموس (سواء لا) يسهم (للاراحة والبغل) والحرار لعدم الإرهاب

[نفيه] اقتصر المصنف على المذكورين لأن الأجير لا يسهم له ولا يرضخ لعدم اجتاع الأجر والتصيب من الغنمة إلا إذا قاتل فإنه يسهم له بجر أى بخلاف المذكورين فإنهم إذا قاتلوا يرضخ ولا يسهم لهم (قوله أو تدأوى الجرحى) هذا داخل فيما قبله مع أنه يؤهم التخصيص بهذا النوع فالأولى أن يقول بدله أو تطبخ أو تحبز للفرقة كما فى شرح السير ، ومثل ذلك السقى ومناولة السهام كما فى الفتح .
والحاصل : أن المراد حصول منفعة منها للفرقة احتراماً عما إذا خرجت لخدمة زوجها مثلاً (قوله عند الحاجة) أما بدونها فلا لأنه لا يؤمن غدره .

مطلب فى الاستعانة بمشرك

(قوله وقد استعان عليه الصلاة والسلام الخ) ذكر فى الفتح أن فى سنده ضعفاً ، وأن جماعة قالوا لا يجوز الحديث مسلم ، أنه عليه الصلاة والسلام خرج إلى بدر فلققه رجل مشرك فقال : أرجع فلى أستعين بمشرك ، الحديث وروى رجلان ثم قال وقال الشافعى رده عليه الصلاة والسلام المشرك والمشركون كان فى غزوة بدر ثم إنه عليه الصلاة والسلام استعان فى غزوة خيبر بيهود من بنى قينقاع ، وفى غزوة حنين بصفوان بن أمية ، وهو مشرك فالردان كان لأجل أنه كان خبيراً بين الاستعانة وعدمها فلا مخالفة بين الحديثين وإن كان لأجل أنه مشرك فقد نسخته ما بعده (قوله فیزاد على السهم) أى إذا كان فى دلالة منفعة عظيمة للمسلمين فيرضخ له على قدر ما يرى الإمام ولو أكثر من سهام الفرسان شرح السير (قوله لأنه كالأجرة) أشار إلى الفرق بين ما إذا قاتل الذى حيث لا يبلغ فى الرضخ له السهم وما إذا دل حيث تصح الزيادة ، وهو أن ما يدفع له فى هذه الحالة ليس رضخاً ، بل قائم مقام الأجرة بخلاف ما إذا قاتل فإنه لا يبلغ به السهم لأنه عمل عمل الجهاد ولا يسوى فى عمله بين من يؤجر عليه ، ومن لا يقبل منه أفاده فى الفتح .

[نفيه] قال فى الحواشى العنقوبية لا وجه لتخصيص حكم الدلالة على الطريق بالذى ، لأن العبد أيضاً إذا دل يعطى له أجر الدلالة بالتمام بلغ إلا أن تمنع إرادة التخصيص فليأمل اهـ (قوله سواء) أى فى القسم فلا يفضل أحدهما على الآخر فتح ، وهو خبر عن قول المصنف والبراذين والتناق ، وعمل حل الشارح خبراً مبتدأً عذوف : أى هذه الأربعة سواء لأنه قدر لكل واحد منها على انفراد غيراً فلا يصلح أن يكون خبراً عنها جميعاً ، ولا يفتى أن ما زاده الشارح من المهجين بوزن صجين ، والمقرف بوزن عسمن يفهم حكمه بالأولى لأنه فوق البراذين (قوله لا يسهم للراحة) هى المركوب من الإبل ذكرنا كان أو أنثى والثاء فيها للوحدة أو للتلف من الوصفية إلى الإسمية والحمل يخص بالذكر ط (قوله لعدم الإرهاب) أى تخويف العدو إذ لا تصح للكر والفر :

(والخمس) الباقي يقسم أثلاثاً عندنا (للتيقن والمساكين وابن السبيل) وجاز صرفه لصف واحد فتح، وفي المنية لو صرفه للغانين لحاجتهم جاز وقد حققته في شرح الملتقى (وقدم فقراء ذوى القربى) من بنى هاشم (منهم) أى من الأصناف الثلاثة (عليهم) لجواز الصدقات لغيرهم لا لهم (ولا حق لأغنيائهم) عندنا

مطلب في قسمة الخمس

(قوله والخمس الباقي) أى الباقي بعد أربعة أخماس الغانين (قوله عندنا) وأما عند الشافعى فيقسم أخماساً سهم لذوى القربى، وسهم للنبي صلى الله عليه وسلم يخلفه فيه الإمام، ويصرفه إلى مصالح المسلمين والباقي للأثلاث للآية زيلى (قوله للتيقن) أى بشروط فقره، وفائدة ذكره دفع توهم أن التيقن لا يستحق من الغنيمة شيئاً لأن استحقاقها بالجهاد، والتيقن صغير فلا يستحقها، ومثله ما في التأويلات للشيخ أبى منصور لما كان فقراء ذوى القربى يستحقون بالفقر، فلا فائدة في ذكرهم في القرآن. أجاب بأن أفهام بعض الناس قد تقضى إلى أن الفقير منهم لا يستحق، لأنه من قبيل الصدقة، ولا تحمل لهم بحر (قوله والمساكين) المراد منه ما يشمل الفقير (قوله وجاز صرفه للخ) حله في البدائع بأن ذكر هؤلاء الأصناف لبيان المصارف، لا لإيجاب الصرف إلى كل صنف منهم شيئاً بل لتعيين المصرف، حتى لا يجوز الصرف إلى غير هؤلاء الأثلاث (قوله وقد حققته في شرح الملتقى) ونصه والخمس الباقي من المغنم كالمعدن والركاز يكون مصرفها للثلاثى المحتاجين والمساكين وابن السبيل فتقسم عندنا أثلاثاً هذه الأموال الثلاثة ل هؤلاء الأصناف الثلاثة خاصة غير متجاوز عنهم إلى غيرهم، فتصرف لكاهم أو لبعضهم، فسبب استحقاقهم احتياج بيتهم أو مسكنه أو كونه ابن السبيل، فلا يجوز الصرف لغيرهم، ولا لغيرهم كما في الشربلية والقهطاني.

قلت: ونقلت فيما علقته على التنوير عن المنية أنه لو صرف للغانين لحاجتهم جاز اه ولعل باعتبار الحاجة فلا تنافى حيثل فتنبه اه :

أقول: لا معنى للترجى بعد تصريح المنية بقوله لحاجتهم اه ح (قوله من بنى هاشم) بيان لذوى القربى، وفيه قصور لأن المراد بهم هنا بنو هاشم وبنو المطلب، لأنه عليه الصلاة والسلام وضع سهم ذوى القربى فيهم، وترك بنى نوفل وبنى عبد شمس مع أن قرابتهم واحدة، لأن عبد مناف الجد الثالث للنبي صلى الله عليه وسلم له أولاد هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس بحر. والمطلب عم الجد الأول وهو عبد المطلب بن هاشم (قوله أى من الأصناف الثلاثة) وكذا الضمير في عليهم راجع إليهم، والضمير الثانى يفتى عن الأول، ولكن زاده مع ما فيه من الركاكة ليفيد أن ذوى القربى إذا كانوا من الأصناف الثلاثة بقدهم على من كان منهم ممن ليس من ذوى القربى، فيتم ذوى القربى مقدم على غيرهم، وهكذا قال في الدر المنقى: والأوضح أن يقال خمس الغنيمة والمعدن للمحتاج وذوى القربى منه أولى (قوله لجواز الخ) حلة لقوله وقدم أى لأن غير ذوى القربى يعمل له أخذ الصدقة لدفع حاجته بخلافهم فليس في تقديمهم إضرار بغيرهم (قوله ولا حق لأغنيائهم عندنا) وعند الشافعى: يستوى فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر كالأنثيين لأنه لم يفرق في الآية بين الفقير والغنى، ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه كما قلناه بمحض من الصحابة، فكان إجماعاً والنبي صلى الله عليه وسلم كان يعطيهم للصرة، لا بالفقر لقوله صلى الله عليه وسلم ولأنهم لم يزالوا معى هكذا في الجاهلية والإسلام وشبك بين أصابعه، حين أعطى بنى هاشم والمطلب لأنهم قاموا معه حين أرادت قريش عليه الصلاة والسلام، ودخل بنو نوفل وعبد شمس في عهد قريش،

ومناقله المصنف عن البحر من أن مافي الحاوي يفيد ترجيح الصرف لأغنيائهم نظر فيه في النهر (وذكره تعالى للترك) باسمه في ابتداء الكلام إذ الكل لله (وسهمه عليه الصلاة والسلام سقط بموته) لأنه حكم على بمشقة وهو الرسالة

ولو كان لأجل القرابة لما خصهم لأن عبد شمس ونوفلا أخوان لماثم لأبيه وأمه والمطاب كان أخاه لأبيه فكان أقرب (۱) والمراد بالنصرة كونهم معه يؤانسونه بالكلام ، والمصاحبة لا بالمقاتلة ، والمدان كان للسائم فيه نصيب ثم سقط ذلك بموته عليه الصلاة والسلام لعدم تلك العلة ، وهي النصرة ، فيستحقونه بالفقر ليلعى ملخصا .
وحاصله أنه كما سقط سهمه صلى الله عليه وسلم بموته عندنا سقط سهم ذوى القربى بموته أيضا لفقد علة استحقاقهم ، حتى قال الطحاوى : لا يستحق قفبرهم أيضا لكن الأول وهو قول البكرخى أظهر ، وقد حقق في الفتح قسمة الخلفاء الراشدين ثلاثا كما قلنا لا أخماسا كما قال الشافعى فراجع .

[تنبيه] في الشر بلاية عن البدائع تعطى القرابة كتابتهم اهـ . وفيها عن الجوهره أنه يقسم بينهم للذكر كالأنثيين . قلت : واعترضه في الدر المنتقى بأنهم ذكروا هذا عن الشافعى لا عندنا . قلت : على أنه ينافيه ماؤ البدائع (قوله وما نقله المصنف) حيث قال : وفي الحاوى القدسي ، وعن أبي يوسف : الخمس يصرف إلى ذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل وبه نأخذ اهـ . وهذا يقتضى كما به عليه شيخنا يعنى صاحب البحر أن الفتوى على الصرف إلى الأقرباء الأغنياء فليحفظ اهـ (قوله نظر فيه في النهر) حيث قال : وأقول فيه نظر بل هو ترجيح لإعطائهم ، وغاية الأمر أنه سكت عن اشتراط الفقر فيهم للعلم به اهـ وأنت إذا تأملت كلام الحاوى رأيته شاهدا لما في البحر ، وهذه عبارته ، وأما الخمس فيقسم ثلاثة أسهم سهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ، ويقدمون ولا يدفع لأغنيائهم شيء ، وعن أبي يوسف أن الخمس يصرف إلى ذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل وبه نأخذ اهـ . إذ لو كان كما قاله في النهر لكانت رواية أبي يوسف عين ما قبلها فتدبر اهـ .

قلت : لكن أت خير بأن هذه رواية عن أبي يوسف : وهي خلاف المشهور عنه والمتون والشرح أيضا على خلافها فالواجب اتباع المذهب في هذه المسألة الذي اعطى الشراح وغيرهم بتأييد أدلته والجواب عما ينافيه بهذا أقوى ترجيح ولا يعارضه ترجيح الحاوى ، ثم رأيت العلامة الشيخ إسماعيل النابلسي نبه على نحو ماقلته في شرحه على الدرر والغرر (قوله وذكره تعالى) أى قوله تعالى - فإن لله خسة - (قوله لأنه حكم على بمشقة وهو الرسالة) عبارة النهر وهو الرسول ، فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة ولا رسول بعده اهـ أى كما لو قبل إذا لقيت عالما فأكرمه وإذا لقيت فاسقا فأهنته ، فإنه علق فيه الأمر بالإكرام والإهانة على مشقة ، وهو عالم وفاسق فيدل على أن مااشتق منه ذلك الوصف : أعنى العلم والفسق علة الحكم أى أكرمه لعلمه وأهنته لفسقه وبه يظهر مافي عبارة الشارح ، ثم إن هذا أغلبي لما عامت من أن قوله تعالى ولذى القربى - ليس علة القرابة عندنا بل النصرة إلا أن يقال مرادهم نفي كون العلة مجرد القرابة بل العلة قرابة خاصة مقيدة بالنصرة على الوجه المار فتدبر :

مطلب في أن رسالته صلى الله عليه وسلم باقية بعد موته

[تنبيه] قدمنا عن الشافعى رحمه الله تعالى أن سهمه صلى الله عليه وسلم يخلفه في الإمام بعده أى بناء على أنه صلى الله عليه وسلم كان يسبقه لإمامته ، وعندنا لرسالته ، ولا رسول بعده أى لا يوصف بعده بهذا الوصف

(۱) قوله (فكان أقرب) هكذا ضبطه ولعل السواب فكانا أى عبد شمس ونوفل تأمل اهـ مصححه .

(کالمصنفی) الذي كان عليه الصلاة والسلام يصطفيه لنفسه (ومن دخل دارهم بإذن) الإمام (أومنة) أي قوة (فأغار خمس) ما أخذوا لأنه غنيمة (وإلا لا) لأنه اختلاس وفي النية لو دخل أربعة خمس ولو ثلاثة لا .
قال الإمام ما أصبتم لا أحسه فلو لم تمتع لم يجر وإلا جاز (وتندب للإمام

فلذا سقط بموته بخلاف الإمامة والقيام بأمور الأمة وبهذا التقرير اندفع ما أورده المقدسي على قولهم . ولا رسول بعده من أنهم إن أرادوا أن رسالته مقصورة على حياته فمنوع إذ قد صرح في منية المتي بأن رسالة الرسول لا تبطل بموته ثم قال : ويمكن أن يقال إنها باقية حكما بعد موته وكان استحقاقه بحقيقة الرسالة لا بتقيام بأور الأمة اه . ولا يخفى ما في كلامه من إيهام انقطاع حقيقتها بعده صلى الله عليه وسلم ، فقد أودى الدر اسقى أنه خلاف الإجماع .

قلت : وأما مانسب إلى الإمام الأشعري إمام أهل السنة والجماعة من إكثار ثبوتها بعد الموت . فهو افتراء وبهتان والمصرح به في كتبه وكتب أصحابه خلاف مانسب إليه بعض أعدائه لأن الأنبياء عليهم الصلاة والسلام أحياء في قبورهم وقد أقام التكبر على افتراء ذلك الإمام العارف أبو القاسم القشيري في كتابه : شكابة الله ، وكذا غيره كما بسط ذلك الإمام ابن السبكي في طبقاته الكبرى في ترجمة الإمام الأشعري (قوله كالمصنف) منفتح لصاد وكسر الفاء والياء المشددة نهر أي كما سقط الصنف بموته صلى الله عليه وسلم (قوله يصطفيه لنفسه) أي مثل قسمة الغنيمة ، وإخراج الخمس نهر كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف ضبه بن الحجاج حين قتله عيسى رضي الله عنه وكما اصطفى صفية بنت حيي بن أخطب من غنيمة خيبر رواه أبو داود في سننه والحاكم فتح . وفي المشربلية قال في طلبه الطلبة : وكان النبي صلى الله عليه وسلم لا يستأثر بالصفى زيادة على سهمه (قوله ومن دخل دارهم بإذن الإمام) واو واحدا من أهل الذمة ط من الشابي (قوله أومنة) في المصباح هو في معناه يفتح النون أي في هر قومه فلا يقدر عليه من يريده قال الزغشري : وهي مصدر مثل الأنفة والعظمة أو جمع مانع وهم المشيرة واسمهم وقد تسكن في الشعر لا غير خلافا لما أجازه مطلقا (قوله خمس) أي يأخذ الإمام خمسة والباقي لهم قال في المنفتح : لأن على الإمام أن ينصرهم حيث أذن لهم كما أن عليه أن ينصر الجماعة الذين لهم منعة إذا دخلوا بغير إذنه تخافا من توهم المسامين والذين فلم يكونوا مع نصره الإمام متلصحين فكان المأخوذ قهرا غنيمة (قوله ما أخذوا) بضمير الجمع مر إعادة المعنى من كما روعي لفظها في قوله فأغار (قوله وإلا لا) أي وإن لم يدخلوا بإذن الإمام ولم يكونوا ذوى منعة بأن دخلوا بلا إذنه وهم ثلاثة فأهل كما أفاده في الفتح : قال وعن أبي يوسف أنه قدر الجماعة التي لا منعة لها بسبعة ، والتي لها منعة بعشرة (قوله لأنه اختلاس) من خلس الشيء خلسا من باب ضرب اختطفته بسرعة على غفلة ، صباح (قوله وفي النية الخ) أفاد به تقدير المنعة (قوله وإلا جاز) لأن الخمس والثاني واجب بقول الإمام ، فله أن يطلعه بقوله بخلافه في الأول ، ولذا لو دخلوا بغير إذنه خمس ما أخذوه بحر عن المحيط :

وحاصله : أنهم إذا لم يكن لهم منعة لا يجب الخمس إلا إذا أذن فيكون قد وجب بسبب قوله : فله أن يطلعه بخلاف ما إذا كانت لهم منعة فإنه يجب ، وإن لم يأذن لهم فلم يجب بقوله فليس له إبطاله وفي التهر عن التارخالية : لو كان بعضهم بإذنه وبعضهم بلا إذنه ولا منعة لهم فالحكم في كل واحد منهم حالة الاجتماع كما في حالة الانفراد وإن كان لهم منعة يجب الخمس اه (قوله وتندب للإمام) وكذا لأمر السرية إلا إذا ناه الإمام فليس له ذلك إلا برض المسكر فيجوز من الأربعة الأماحس بحر .

أن ينفل وقت القتال حثا) وتحريضا فيقول من قتل قتيلاً فله سلبه سواه قتيلاً لقربه منه (أو يقول

مطلب في التنفيل

(قوله أن ينفل) التنفيل : إعطاء الإمام الفارس فوق سهمه وهو من القتل ، ومنه النافلة للزائد على الغرض ويقال لولد الولد كذلك ويقال نفلته تنفيلاً ونفاه بالتحريف نفلاً لنفان فصيحان فتح (قوله وقت القتال) قيد به القدوري ، ولا بد منه لأنه بعده لا يملكه الإمام ، وقيل : ماداهوا في دار الحرب يملكه كذا في السراج ، وقد يؤيد هذا القيل أن قوله صلى الله عليه وسلم « من قتل قتيلاً فله سلبه » إنما كان بعد الفراغ من حرب ، ولم أوجزه قبل المقاتلة ثم :

قلت : وفيه نظر لأن المنقول أن ذلك كان عند المزيمة تحريضا للمسلمين ، على الرجوع إلى القتال وفي القهستاني : إن في قوله : وقت القتال إشارة إلى أنه يجوز التنفيل قبله بالأولى وإلى أنه لا يجوز بعده لكن بعد القسمة لأنه استقر فيه حق الفاتحين اه ففيه التصريح بجوازه قبله وعزاه ح إلى المخط و قوله : لكن بعد القسمة الظاهر أنه مبنى على القيل لما روى السراج : ويؤيده قول المتنون : وينفل بعد الإحراز من الخمس فقط ، فإن مفهومه أنه قبل الإحراز بدارنا يجوز من الكل ، لكن الظاهر أن هذا المفهوم غير معتبر ، لأنه وقع التصريح بخلافه ، في المنع عن « الدخيرة » . لا خلاف أن التنفيل قبل الإصابة ، وإحراز الغنيمة وقبل أن تضع الحرب أوزارها جائز ، ويوم المزيمة ، ويوم الفتح لا يجوز لأن القصد به التحريض على القتال ولا حاجة إليه إذا انتهزم العدو ، وأما بعد الإحراز فلا يجوز إلا من الخمس إذا كان محتاجاً اه ملخصاً . وفي متن المتن ، ومتن المختار وللإمام : أن ينفل قبل إحراز الغنيمة وقبل أن تضع الحرب أوزارها فقولهم : وقبل أن تضع الحرب أوزارها فالتدفع توهم الجواز بعد انتهاء الحرب لأن قولهم قبل إحراز الغنيمة يشمل ما بعد الإصابة : أي إصابة العسكر الغنيمة بالمزيمة وانتهاء الحرب مع أنه غير مراد كما بينه عطف هذه الجملة . وفي الفتح التنفيل إنما يجوز عندنا قبل الإصابة ، فقد ظهر ضعف ما في السراج مع أن صاحب السراج ، لم يقول عليه في غنصره الجوهرة حيث قال : من المجتهد التنفيل : إما أن يكون قبل الفراغ من القتال أو بعده ، فإن كان بعده لا يملكه الإمام ، لأنه إنما جاز لأجل التحريض على القتال وبعد الفراغ منه لا تحريض اه .

قلت : وكل ما ورد من التنفل بعد القتال فهو عمول عندنا على أنه من الخمس كما بسطه السرخسي .

مطلب الاقتباس من القرآن جائز عندنا

[فنييه] قولهم أن تضع الحرب أوزارها اقتباس من القرآن ، وبه يستدل على جوازه عندنا كما بسطه الشارح في الدر المنثور فراجع (قوله وتحريضا) أي ترغيباً في القتال .

مطلب في قولهم اسم الفاعل حقيقة في الحال

(قوله سواه قتيلاً لقربه منه) أي من القتل ففيه مجاز الأول مثل أحضر خرا لكن قال الزركشي قولهم : اسم الفاعل حقيقة في الحال أي حال التلبس بالفعل لاحال التعلق فإن حقيقة الضارب والمضروب لا تقدم على الضرب ولا تأخر عنه ، فهما معاً في زمن واحد ومن هذا ظهر أن قوله عليه الصلاة والسلام « من قتل قتيلاً فله سلبه » أن قتيلاً حقيقة ، وأن ما ذكره من أنه سمي قتيلاً باعتبار مشاركته للقتل لا تحقيق فيه اه . وصرح القرافي في شرح التقيج ، بأن المشتق إنما يكون حقيقة في الحال مجازاً في الاستقبال مختلفاً فيه في الماضي إذا كان مكموماً

من أخذ شيئاً فهو له (وقد يكون بدفع مال وترغب مال فالتحريض نفسه واجب للأمر به واختيار لاداعي المقصود مندوب ولا يخالفه تعبير القدوري أى بلا بأس لأنه ليس مطرداً لما تركه أولى بل يستعمل في المندوب أيضاً قاله المصنف ، ولذا عير في الميسر بالاستحباب (ويستحق الإمام لو قال من قتل قتيلاً فله سلبه إذا قتل هو) استحساناً (بخلاف) ما لو قال منكم أو قال (من قتلته أنا فلي سلبه) فلا يستحقه إلا إذا عم بعده ظهيرة ويستحقه مستحق سهم أو رضيع فم الذى وغيره (وذا) أى التثنية

به أما إذا كان متعلق الحكم كما هنا فهو حقيقة مطلقاً ، يعنى سواء كان بمعنى الحال أو الاستقبال أو الماصى إجماعاً وحينئذ ، فلا مجاز أبو السعود عن الحموى وقوله : إذا كان محكوماً به كقولك : زيد قائم فإيه حكم به على زيد ، بخلاف جاء القائم فإنه جعل متعلق الحكم بالحى فى الأول لا بد من أن يكون متصفاً بالقيام حال النطق ، حتى يصح الحكم عليه بالصفة وإلا كان مجازاً بخلاف الثانى فإن قولك : جاء القائم غداً حكم بالحى على ذات القائم غداً أى على من يسمى قائماً غداً أى حال التلبس بالصفة ومنه من قتل قتيلاً أى شخصاً يسمى قتيلاً عند تحقق قتل فيه فافهم (قوله أو يقول من أخذ شيئاً فهو له) هذا الفرع منقول في حواشى الهداية ونسكت فيه كلام سندكوه مع جوابه عند قول الشارح وجاز التثنية بالكل (قوله وقد يكون بدفع مال) كأن يقول له حد هذه المائة واقتل هذا الكافر تأمل ولم أوه (قوله وترغب مال) الطاهر أنه ههنا ممدودة والإضافة على معنى (أى رغب فى المال مثل : إن قتل قتيلاً فلك ألف درهم ، لكن يشترط أن لا يصرح بالآجر كما سندكوه قريباً (قوله فالتحريض الخ) جواب عما يورد على قوله : وتندب الإمام الخ .

وحاصله : أن التحريض الواجب قد يكون بالترغيب فى ثواب الآخرة أو فى التنمیل . فهو واجب محرم ، وإذا كان التثنية ادعى الخصال إلى المقصود يكون هو الأولى ، فصار المندوب اختيار إسقاط الوحد بدهاوى فى نفسه بل هو واجب غير منع ، لمخصاً ، وفيه رد لقول الغاية إن الأمر فى الآفة مصروف عن ' وحوث لقرينة (قوله ولا يخالفه) أى لا يخالف قول المصنف وتندب .

مطلب كلمة لا بأس قد تستعمل فى المندوب

(قوله بل يستعمل فى المندوب) يظهر لى أنه قد ظهر فى موضع يتوهم فيه البأس أى الشدة كما هنا فإن فيه تخصيص الفارس بزيادة مع قطع الخمس بل استعمل نظيره فى القرآن فى الواجب كما فى قوله تعالى - فلا جناح عليه أن يطوف بهما - فتى الجناح لما كانوا يعتقدونه من حرمة المعى بين الصفاء والمروة (قوله قاله المصنف) أى تبعاً لما فتح وغيره (قوله ولذا) أى لكونه مندوباً لاختلاف الأولى (قوله استحساناً) والقياس عدمه لأن غيره يستحق بإيجابه وهو لا يملك الإيجاب لنفسه ، كالتقاضى لا يملك القضاء لنفسه وجه الاستحسان أنه أوجب النفل للجيش وهو واحد منهم (قوله فلا يستحقه) لأنه فى الأول خصم بقوله منكم ، فلا يتناوله الكلام ، وفى الثانى هو منهم يتخصيصه نفسه (قوله إلا إذا عم بعده) أى إذا قال : إن قتل قتيلاً فلي سلبه ولم يقتل أحدًا حتى قال : ومن قتل منكم قتيلاً فله سلبه فقتل الأمير قتيلاً استحقه لأن التثنية صار عاماً باعتبار كلاميه ولا فرق بين كونه بكلامين ، أو بكلام واحد لأن الأول لم يصح للهمة بالتخصيص وقد زالت بالتأني أفاده السرخسى .

وحاصله : أن التعميم حصل بمجموع الكلامين لا بالتأني فقط فافهم (قوله ويستحقه) أى السلب (قوله وغيره) كالآجر والمرأة والمبد بجر (قوله أى التثنية) أى تفضيل الإمام بقوله : من قتل قتيلاً إنما يكون فى مباح القتل : أى وإن كان لفظ قتيلاً نكرة لكنه مفيد بمعنى يباح قتله ، فيدخل فيه آجير لم وتاجر منهم وعبد يخدم

(إنما يكون في مباح القتل فلا يستحقه يقتل امرأة ومجنون ونحوهما من لم يقاتل وسماع القاتل مقالة الإمام ليس بشرط) في استحقاقه مانفله إذ ليس في الوسع إجماع الكل ، ويعم كل قتال في تلك السنة ما لم يرجعوا وإن مات المولى أو عزل ما لم يمتعه الثاني نهر ، وكذا يم كل قتيل ، لأنه نكرة في سياق الشرط وهو من بخلاف إن قتلت قتيلاً ولو قال إن قتلت ذلك الفارس فلك كذا لم يصح ، وإن قطعت رأس أولئك القتل فلك كذا صح

مولاه ومرتد أو ذى لحق بهم ومريض أو مجروح ، وإن لم يستطع القتال وشيخ فان له رأى أو يرجى نسله لأن قتله مباح . نعم لو قتل مسلماً كان يقاتل في صفهم لم يكن له سلبه لأنه وإن كان مباح الدم لكن سلبه ليس بغيره كآهل البني إلا إذا كان سلبه للمشرکین أعاروه إياه سرخسى وما ذكره في الدر المنثور عن البرجندی عن الظهيرية من أنه يستحق السلب يقتل من لم يقاتل استحساناً لم أره في الظهيرية بل الذى فيها علم الاستحقاق كما عزاه إليها القهستانی فافهم (قوله ممن لم يقاتل) حتى لو قاتل الصبي فله سلبه ، لأنه مباح الدم وكذا المرأة كما في شرح السير (قوله ويوم كل قتال في تلك السنة) الأولى السفرة كما عبر في البحر والنهر ، وفي شرح السير لو نفل في دار الحرب قبل القتال ببنى حكمه إلى أن يخرجوا من دار الحرب حتى لو رأى مسلم مشركاً نائماً فقتله فله سلبه ، كما لو قتله في الصف أو بعد المزيمة أما لو نفل بعد ما اصطفا للقتال فهو على ذلك القتال حتى ينفضى ولو بقى أياماً (قوله وإن مات المولى أو عزل) في شرح السير لو جاء مع المدد أمير وعزل الأمير الأول بطل تنفيله ، فيما يستقبل نزول ولايته بالعزل ، أما لو لم يقدم أمير بل مات أميرهم فأمر عليهم غيره لم يبطل حكم تنفيل الأول لأن الثاني قائم مقامه إلا إذا أبطله الثاني أو كان الخليفة قال لم إن مات أميركم فأمر بكم فلان فيبطل تنفيل الأول ، لأن الثاني نائب الخليفة بتقليده من جهته ، فكانه قلده ابتداء ، فيقطع حكم رأى الأول برأى فوقه اه ملخصاً .

وحاصله : بطلانه بالعزل وكذا بالموث إذا نصب غيره بعده من جهة الخليفة لامن جهتهم وهو بخلاف ما في الشرح تبعاً للبحر والنهر (قوله لأنه نكرة في سياق الشرط) فيه أن النكرة في سياق الشرط إنما تم في اليقين المثبت لأن الخلف على نفيه دون المتي كان لم أكمل رجلاً لكنه على الإثبات كأنه قال لا كلمن رجلاً كما في التحرير . قلت : ذكر في التحرير أيضاً أنه قد يظهر عموم النكرة من المقام وغيره كملت نفس ونمرة خير من جرادة وأكرم كل رجل اه وهنا كذلك كما يأتي تلوه فافهم (قوله بخلاف إن قتلت قتيلاً) أى فقتل الحاطب قتيلين مثلاً لا يعم الكل بل له سلب الأول فقط استحساناً والقياس أنه كالأول لأنه على استحقاقه بشرط يشكر فلا ينتهى بقتل الأول وجه الاستحسان أنه في الأول لما لم يعين إنساناً بعينه ، فقد خیرج الكلام منه عاماً ألا ترى أنه يتناول جميع الحاطبين ، فكما يم جماعتهم يعم جماعة المقتولين ، وحقيقة معنى الفرق أن مقصود الإمام من تجريضهم المبالغة في النكابة في المشرکین ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون القتال للعشرة مثلاً عشرة من المسلمين أو واحدا منهم ، وأما الثاني فالمقصود فيه معرفة جلادة ذلك الرجل ، وذلك يتم بدون إثبات العموم في المقتولين اه ملخصاً من شرح السير الكبير : وقد خطر في هذا الفرق قبل رؤيته وقت تعالى الحمد .

وحاصله : يرجع إلى أن العموم في أحدهما استفيد من قربة المقام كما بينها عليه آنفاً فافهم (قوله ولو قال إن قتلت ذلك الفارس الخ) أقول : هذا إذا صرح بكوله أجراً وإلا فهو تنفيل لما في السير الكبير للسرخسى ، ولو قال الأمير لمسلم حر أو عبد إن قتلت ذلك الفارس من المشرکین ، فلك على أجر مائة دينار فقتله لم يكن له أجر لأنه لما صرح بالأجر لا يمكن حمل كلامه على التنفيل ، والاستنجاز على الجهاد لا يجوز وإن قال ذلك لذى فذلك عندهما ، وعند محمد جاز وأصل جواز الاستنجاز على القتل عنده لاعتداهما ، لأنه إزهاق الروح ، وليس

(ولو بطل السرية) هي قطعة من الجيش من أربعة إلى أربع مائة مأخوذة من السرى وهو المشى ليلا دور (الربع وسبع) العسكر دونها فلهم النفل) استحسانا ظهيرية، ووجاز التنفل بالكل أو بقدر منه لسرية لالعسكر والمغرق في الدور

من عمله ولو كان الأسرى قتل فقال من قطع وهو سهم فله أجر عشرة دراهم . ففعل ذلك مسلم أو دعي ستحقه ، لأن ذلك ليس من عمل الجهاد ، ولو أراد قتل الأسرى فاستأجر عليه مسلحاً أو ذمياً فهو على الخلاف . ما يخص . وهذا صريح بأنه لو لم يصرح بالاستئجار يكون تنفلاً ، ويشهد له فروع كثيرة في السير الكبير . من جاءه بألف درهم ، فله ألفان ، فجاءه رجل بألف لم يكن له غيرها ، بخلاف من جاء بأسير فهو له وخمسة دراهم . فله يعطى ذلك ، لأن المقصود هنا نكابة العدو ، وفيها قبله لا مقصود إلا المال ، وأو قال : من قتل المالك فله عشرة آلاف دينار صحيح ، وإن لم يحصل بقتله مال قال حين اصطفا للقتال . من جاء برأس فله مائة دينار فهو على رأس الرجل دون السبي لأن المقصود في هذه الحالة التحريض على القتل اهـ في هذه الفروع ذكر وقد جعل تنفلاً لا إجارة لعدم التصريح بها ، فقد ظهر أن ما ذكره الشرح بها للنهر عن مدينة عن قاضيخان ، ليس على إطلاقه وأما القول بأن الاستئجار على الضاعات جائز عند شأخري في مسائل خاصة للضرورة . وليس الجهاد منها ولا يصح حمل كلامهم على كل عدة كما (قوله ولو نفل السرية الخ) من فروع قوله وسام القتال الخ (قوله هي قطعة من الجيش الخ) قبل هذا الباب (قوله الربع) أي ربع الغنيمة أي بأن جعل لهم ربعها بأخذونه دون بقية العسكر (قوله فلهم النفل) أي للسرية الأولى أن يقول فلها ثلثا ينوهم عود الضمير على العسكر (قوله والقياس أنه لا نفل لهم لأن المقصود التحريض ، ولا يحصل إذا لم يسمعهم أحد منهم كسلكهم ليلا مع عياله وجه الاستحسان أن ما يتكلم به في عسكره يفشوا عادة وأن عادة الملوك تسلكهم به نحو صهي وتماه في شرح السير :

مطلب مهم في التنفل العام بالكل أو بقدر منه

(قوله ووجاز التنفل بالكل) بأن يقول للسرية ما أصبتم فهو لكم سوية بينكم (قوله أو بقدر منه) ما أصبتم فلكم ثلثه سوية بينكم بعد الخمس أو يقول قبل الخمس : أي لكم ثلثه بعد إخراج الخمس أو قبل إخراج أي ثلث الأربعة الأخماس أو ثلث الكل (قوله والفرق في الدور) أي الفرق بين جواز التنفل المذكور لسرية ، وعدم جوازه للعسكر ، لكنه لم يذكر في الدور في الفرق إلا التنفل بالكل ، لأنه يعلم منه الفرق في التنفل بقدر منه ، وعبارة الدور هكذا في النهاية عن السير الكبير : أن الإمام إذا قال لأهل العسكر جميعاً ما أصبتم فلكم نفلًا بالسوية بعد الخمس ، فهذا لا يجوز وكذا إذا قال ما أصبتم ، فلكم ولم يقل بعد الخمس فإن فعله مع السرية حاز وذلك أن المقصود من التنفل التحريض على القتال وإنما يحصل ذلك بتخصيص البعض بشيء وفي التجميع إبطال تفصيل الفارس على الراجل وإبطال الخمس أيضاً إذا لم يستثن اهـ :

قلت : وما ذكره من صحة السرية صرح به في الهداية والاختيار والزيلعي : لكن نفل في البحر عن الكمال التسوية بين العسكر والسرية في عدم الصحة حيث قال : لو قال للعسكر كل ما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجز لأن فيه إبطال السهمين الذين أوجبهما الشرع ، إذ فيه تسوية الفارس بالرجل وكذا لو قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس ، لأن فيه إبطال الخمس الثالث بالنص ذكره في السير الكبير قال الكمال : وهذا بعينه يبطل ما ذكرناه من قوله من أصاب شيئاً فهو له لانحداد اللازم فيما ، وهو بطلان السهمين المنصوصين

بالسوية ، بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئا أصلا بانتهاه فهو أولى بالبطان ، والفرع المذكور من الحواشي وبه أيضا ينبغي ما ذكره أي صاحب الهداية من قوله إنه لو نقل بجميع المأخوذ جاز إذا رأى المصلحة وفيه زيادة إحاش الباقين وزيادة الفتنة اه وتبعه في النهي .

أقول وبالله سبحانه وتعالى التوفيق : لا تنافي بين مناقلة الجماعة وما نقله الكمال بحمل الأول على السرية المبعوثة من دار الحرب ، والثاني على المبعوثة من دار الإسلام ، وبه يتدفع ما أورده الكمال على الفرع المنقول عن الحواشي وغيره ، كما يعلم مما ذكره الإمام السرخسي في السبر الكبير في مواضع متفرقة منه .

وحاصله : أن السرية إن كانت مبعوثة من دار الحرب بأن دخل الإمام مع الجيش ثم بعث سرية ونقل لهم ما أصابوا جاز لأنهم قبل التنفيل لا يختصمون بما أصابوا ، وهذا التنفيل للتخصيص على وجه التحريض ، وإن كانت السرية مبعوثة من دار الإسلام لم يكن له ذلك وكذا لو نقل لهم الثلث بعد الخمس ، أو قبل الخمس كان باطلا ، لأنه ما خص بعضهم بالتنفيل ، وليس مقصودا إلا إبطال الخمس أو إبطال تفصيل الفارس على الرجل فلا يجوز كما لو قال : لأخص عليكم فيما أصبتم أو الفارس والراجل سواء فيما أصبتم فإنه يكون باطلا فكذلك تنفيل لا يفيد إلا ذلك باطل ، بخلاف قوله : من قتل قتيلًا فله سلبه ، ومن أصاب منكم شيئا فهو له دون باقي أصحابه فإنه يجوز لأن فيه معنى التخصيص للتحريض ، لأن القاتل يختص بالنقل ، دون باقي أصحابه ، وهذا وإن كان فيه إبطال الخمس عن الأسلاب ، لكن المقصود منه التحريض ، وتخصيص القاتلين بإبطال شركة الصكر عن الأسلاب ثم ثبت إبطال الخمس عنها تبعا وقد ثبت تبعا مالا يثبت قصدا كالتشرب والطريق في البيع والوقف في المنقول يثبت تبعا للعقار ، وإن كان لا يثبت قصدا ، ويوضحه أن الإمام أو ظهر على بلدة أن أن يجعلها خراجا ، ويطلب منها سهام من أصابها ، والخمس ولو أراد قسمتها بين الغانمين ، ويجعل حصص الخمس خراجا للمقاتلة الأغنياء لم يكن له ذلك لأنه إبطال الخمس مقصودا ، فلا يجوز وفي الأول يثبت إبطاله تبعا لإبطال حق الغانمين في الغنيمة فيجوز وإن كان في الموضوعين تخلص المنفعة للمقاتلة اه ملخصا من مواضعه .

والذي تحرر منه ومما مر : أن تنفيل كل الصكر بكل المأخوذ أو ثلثه مثلا بعد إخراج الخمس أو قبله لا يصح وكذا تنفيل السرية المبعوثة من دارنا لأنها بمنزلة الصكر ، والتنفيل هو تخصيص بعض المقاتلين بزيادة التحريض ، وهذا ليس كذلك ، لأنه جعل كل المأخوذ أو ثلثه بين كل المقاتلين سوية بينهم ، فصار المقصود منه إبطال التفاوت بين الفارس والراجل وإبطال الخمس أيضا لأن لم يستثنه بأن لم يقل بعد الخمس وإبطال ذلك مقصودا لا يصح بخلاف السرية المبعوثة من الجيش في دار الحرب لأن معنى التنفيل موجود فيها لأن المراد تمييزها من بين الصكر بجميع المأخوذ أو بثلثه مثلا لأجل تحريضها على القتال ، وإن لزم منه إبطال التفاوت ، والخمس لكونه ضمنا لأقصدا فصار بمنزلة قوله للصكر : من قتل منكم قتيلًا فله سلبه فإنه تخصيص لبعض منهم ، وهو القاتل بزيادة على الباقي وإن لزم منه ما ذكر بخلاف قوله لكل الصكر ما أصبتم فهو لكم لأنه بمنزلة قوله ذلك للسرية المبعوثة من دار الإسلام ، لعدم المشارك لما فليس فيه تخصيص بعض دون بعض ، فلا يصح كما قررناه ، وبهذا المقرر ظهر صحة الفرع المنقول من حواشي الهداية وهو من أصاب شيئا فهو له لأنه تخصيص للمعيب بما أصاب ، فهو بمنزلة قوله من قتل قتيلًا فله سلبه ، بخلاف قوله ما أصبتم فهو لكم ، أو كل ما أخذتم ، فهو لكم بالسوية ، لأنه تشريك محض بجميع المأخوذ بين جميع الصكر أو السرية ، لأن معناه قسمة جميع ما يأخذ كل واحد بينهم سوية ، فصار المقصود منه

(ولا یقتل بعد الإحراز هنا) أى بدارنا (إلا مع الخمس) لجوازه لتصف واحد كما مر (وسلبه مانعه من مركبه وثيابه وسلاحه) وكذا ما على مركبه لاما على دابة أخرى :

(و) التنفيل (حكمه قطع حق الباقيين لا المثلث قبل الإحراز بدار الإسلام) فلو قال الإمام من أصاب حاربة فهو له فأصابها مسلم فاستبرأها لم يجل له وطؤها ولا بيعها) كما لو أخذها المتخصص ثمه واستبرأها لم يجل له إجماعا : (والسلب للكل إن لم يقتل) لحديث : ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك « فمحمد حديث السلب على التنفيل .

قلت : وفي معروضات المفتي أبى السعود هل يجل وطء الإمام المشتراة من الفزاة الآن حيث وقع لاشقه في قسمتهم بالوجه المشروع ؟ فأجاب : لا توجد في زماننا قسمة شرعية لكن في سنة ٩٤٨ وقع التسليم للكل

إبطال الفتاوى ، والخمس لا يصح إبطال ذلك قصدا كما علمت ، وكذا ظهر صحة قوله لو نزل بجميع المتخوذ حار أى بأن قال من أصاب شيئا فهو له بخلاف ما أصبتم فهو لكم لما علمت من أنه تشريك بالتحصيل . ولا بد عليه قوله إن فيه إبطال السهمين أى الفتاوى بين الفارس والراجل ، وكذا إبطال الخمس لما علمت من أن ذلك حار إذا كان ضمنا لأقصدا ، وهنا حيث وجد تخصيص كل أخذ بما أخذه للتحريض ، فقد تخفى معنى مشفىل بغيره . حرمان من لم يصب شيئا فاعتم تحقيق هذا المحل فإنه من قبض المولى عز وجل (قوله ولا يجل بعد الإحراز هـ) وكذا قبل الإحراز بعد الإصابة ، كما أوضحناه عند قوله وندب للإمام أن يقتل وقت القنار (قوله حواره لصف واحد) أشار به إلى أنه يشترط أن يكون التنفيل المذكور لأحد الأصناف الثلاثة ، فلا يجوز لعلى كما صرح به الزيلعي والقهستاني وغيرهما ، وما بحثه في البحر رده في التبر وغيره (قوله وسلبه) بفتحين بمعنى السلب والجمع أسلاب (قوله مانعه من مركبه وثيابه) ومن ذهب وقصة في حقيقته أو وسطه ، وحام وصور ومظنة في الصحيح نهر عن الحقائق (قوله لاما على دابة أخرى) ولا ما كان مع غلامه أو في خيمته نهر (قوله حكمه قطع حق الباقيين) أى باقي الغنائم ، وحينئذ فلا خمس فيها أصابها لأحد ويورث عنه ، ولو مات بدار الحرب شربلالية فليحفظ در متقى .

قلت : ومن حكمه قطع الفتاوى أيضا فيستوى فيه الفارس والراجل كما قدما عن شرح السير (قوله لا الملك قبل الإحراز) هذا عندهما وعند محمد يثبت وجوب الضمان بالإنلاف هذابة وغيرها . قلت : والظاهر أن المراد بتقوت الملك عندهما نفي تمامه ، وإلا فكيف يورث مال لم يملكه مورثه ، ولم أومن به عليه در متقى (قوله لم يجل له وطؤها ولا بيعها) أى قبل الإحراز خلافا لمحمد كما مر (قوله لم يجل له إجماعا) أى حتى يخرجها ثم يستبرأها عن الشلبي (قوله والسلب للكل) أى لكل الجند إن لم يقتل الإمام به لنقاتل وخصه الشافعي رحمه الله بالنقاتل در متقى (قوله لحديث الخ) ذكر في الفتح أن الحديث ضعيف ، ولا يضر صحه لأما لتأسس به لأحد محتمل حديث السلب أى قوله عليه الصلاة والسلام « مع قتل قتيل فله سلبه » بحمله على التنفيل وليس كل ضعيف باطلا ، وقد نظارت أحاديث ضعيفة نفيد أن حديث السلب ليس نصبا (١) عاما . سمرا والضعيف إذا تعددت طرقه يرتقى إلى الحسن ، فيغلب الظن بأنه تنفيل وتام تحقيق المقام فيه (قوله حيث وقع الاشتباه في قسمتهم) الأولى في قسمتهم بضمير النسوة لعوده إلى الإمام إلا أن يقال إنه عائد إلى الفزاة وفيه بعدهم الواقع الآن أنه لا تقسم غنيمة أصلا كما ذكره في الجواب (قوله وقع التنفيل للكل) أى بقول الساطن كل من

(١) قوله (نصبا) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف . لعل لقواب (نصبا) اهـ .

بعد إعطاء الخمس لانتفى شبهة ابتداء انتهى فليحفظ والله أعلم .

أخذ شيئا فهو له أما أوقال كل ما أصبتم فهو لكم ، فإنه لا يصح كما مر ، والمراد وقوعه لأى عسكر كان فى أى غزوة كانت وإلا خالفه ما مر من أنه يعم كل قتال فى تلك السنة ما لم يرجعوا لكن يبقى النظر فيما بعد موت السلطان المضل على هذا الوجه أو بعد عزله وتولية غيره هل يبقى تنفيل الأول العام أم لا ، ويتعين عدمه ما لم ينفل الثانى مثله وهكذا . وإن وقفنا هذا فقد ذكر فى الخيرية أن أمر السلطان لا يبقى بعد موته ، وما قيل من أن كل سلطان من سلاطين آل عثمان نصرهم الله تعالى ، يؤخذ عليه عهد من قبله لا ينفع كما أوضحنا ذلك فى كتابى تنبيه الولاة والحكام على شاتم خير الأنام .

مطلب فى حكم الغنيمة المأخوذة بلاقسمة فى زماننا

(قوله بعد إعطاء الخمس لانتفى شبهة) قد علم بما قدمناه قريبا عند قوله وجاز التنفيل بالكل ، أنه لا يلزم إعطاء الخمس فى التنفيل العام المقصود منه التخصيص دون التشريك كما لا يلزم فيه تفاوت الفارس والراجل لسقوط ذلك صمنا لافصدا على أن الواقع فى زماننا عدم القسمة ، وعدم إعطاء الخمس فكيف تنفى شبهة على فرض لزوم الخمس . بل الشبهة باقية من حيث أننا لانعلم أن سلطان زماننا هل نفل تنفيلا عاما أم لا ، ولا يقال إن عدم القسمة النبوية دليل على وجود التنفيل . لأن جيوش زماننا يأخذون ما نصل إليه أبديهم سلبا ونجبة ، حتى من بلاد الإسلام ولو ظهر مالكة المسلم لا يدفعه إليه إلا بشئته فليس فى حالهم ما يقتضى حلهم على الكمال ، وكذا أحكام هذا الزمان ، وأمراء الجيوش لا ينملون ولا يقسمون ، ولا يخشون ، فالظاهر أن ما يؤخذ من الغنائم اليوم حكمه حكم الفلول ، وقد ذكر فى شرح السير الكبير أن المال إذا ندم وأتى بما غله إلى الإمام بعد تفرق الجيش ، فإن شاء رده عليه وأمره بصرفه إلى مستحقه ، وإن شاء أخذه منه ودفع خمسة مستحقه ويكون الباقي كاللقطة فإن لم يقدر على أهله (١) تصدق به أو جعله موقوفا فى بيت المال وكتب عليه أمره . وإن لم يأت به المال إلى الإمام لم يقدر على رده إلى أهله فالمستحب له أن تصدق به ، وإن قبله فالحكم فيه كاللقطة ودفعه إلى الإمام أحب كما فى اللقطة فيعطى الخمس منه لأهله ، وذكر أيضا أن بيع الغازى سهمه قبل القسمة باطل كإعتاقه .

مطلب فى وطء المرارى فى زماننا

وفى حادى الزاهدى : اشترى جارية مأسورة لم يؤد منها الخمس من الأمير بنفذه ، وبخل وطؤها ، وإن اشترىها من وقعت فى سهمه نفذ فى أربعة أعاشها ولا يبخل له وطؤها أه أى إذا قسمت ولم تخمس ، وإنما حل فى بيع الأمير بناء على أن له البيع قبل الإحراز كما مر ، ويكون الخمس حينئذ واجباً فى الثمن لأنها فيحل وطؤها فإذا لم يوجد تنفيل . ولا قسمة ولا شراء من أمير الجيش ، لا يبخل الوطء بوجه أصلا ، لكن لا يحكم على كل جارية بغيرها من الغنيمة بأنها لم يوجد فيها شيء من ذلك ، لاحتمال أن من أخذها اشترىها من الأمير فارتفع ثمن الحرمة ، وبقيت شبهة القوية فإن الظاهر من حال الجيوش فى زماننا عدم الشراء ، ولا ترتفع شبهة بعقد عليها لأنها حيث كانت مشتركة بين الغانمين وأصحاب الخمس لم يصح تزويجها نفسها ، فالأحوط ما قلناه بعض الشافعية عن بعض أهل الورع : أنه كان إذا أراد الفرسى بجارية شرىها ثانيا من وكيل بيت المال . قلت : أى لأنه إذا حصل اليأس من معرفة مستحقها من الغانمين صارت بمنزلة اللقطة واللقطة من ، صارف بيت المال ، لكن إذا كان المشتري فقيرا له تملكها :

(١) قوله (فإن لم يقدر على أهله) أى : هكذا بنفذه ، ولعله سقط من قوله شيء والأسفل فإن لم يقدر على رده إلى أهله ألح أنه مصححه .

باب استيلاء الكفار

على بعضهم بعضاً أو على أموالنا

(إذا سى كافر كافراً) آخر (بدار الحرب وأخذ ماله ملكه)

مطلب فيمن له حق في بيت المال وظفر بشيء من بيت المال

ونقل في الفقيه عن الإمام الوري أن من له حظ في بيت المال ظفر بماله وجه لبيت المال فله أن يأخذه ديانة أو نظمه في الوهبانية وفي النزائية قال الإمام الحلواني : إذا كان عنده ودعة فبات المودع بلا وارث له أن يصرف الودعة إلى نفسه في زمانا لأنه لو أعطاها لبيت المال لضاعت ، لأنهم لا يصرفونه مصارفة ، فإذا كان من أهله صرفه إلى نفسه وإلا صرفه إلى المصروف اهـ .

وقدم الشارح هذا في باب العشر من كتاب الزكاة وظاهره أن من له حظ في بيت المال بكونه فقيراً أو عالماً أو نحو ذلك ، ووجد ما يرجعه إلى بيت المال من أي بيت من البيوت الأربعة الآتية في آخر الجزية له أخذه ديانة بطريق الظفر في زمانا ، ولا يتقيد أخذه بأن يكون مرجع المأخوذ إلى البيت الذي يستحق منه ، وإلا صرف تركه بلا وارث ولقطه هو لقط فقير وفقير لا ولي له وقوله : فإذا كان من أهله أي من أهل بيت المال غير مقيد بكونه من أهل ذلك البيت ، كما هو ظاهر كلام الوري أيضاً لأنه لو تقيد بذلك ، لزم أن لا يأخذ . مستحق شيئاً لأن بيت المال في زمانا غير منتظم ، وليس فيه بيوت مرتبة ، ولو رد ما وجده إلى بيت المال لزم ضياعه لعدم صرفه الآن في مصارفة كما حررناه في باب العشر من الزكاة فعلى هذا إذا اشترى جارية من الغنمية فإن كان ممن يستحق من الخمس ، حاربه صرفها إلى نفسه بطريق استحقاقه من الخمس ، وإن لم يكن مستحقاً منه ، وله استحقاق من غيره كالعالم الغني ينبغي له أن يملكها لفقير مستحق من الخمس ، ثم يشترى منه أو يملكه خسرماً فقط ، ثم يشترى منه لأنه لو صرفها إلى نفسه يبق فيها الخمس فلا يحل له وطؤها لكن قد يقال إن الغنمية بعد الإحراز صارت مشتركة بين العائين ، وأصحاب الخمس ، وقد مر أن من مات بعد الإحراز يورث نصيبه ، ولكن لما جهلت أصحاب الحقوق وانقطع الرجاء من معرفتهم صار مرجعها إلى بيت المال ، وانقطعت الشركة الخاصة ، وصارت من حقوق بيت المال كسائر أموال بيت المال المستحقة لعامة المسلمين استحقاقاً لا بطريق الملك لأن من مات ، وله حق في بيت المال لا يورث حصه منه ، بخلاف الغنمية المهرزة قبل جهالة مستحقها ، وتفرقهم فلأنها شركة خاصة ، وحيث صار مرجعها بيت المال لم يبق فيها حق الخمس أيضاً فلمن يستحق من بيت المال أن يملكها لنفسه هذا ما ظهر لي .

وقد رأيت رسالة شقق الشاذلية السيد السهمودي قال فيها وقد كان شيخنا الوالد قد شربى أمة للتسرى فذاكر شيخنا العلامة حقيق المصراجلال المحلى في أمر الغنائم والشراء من وكيل بيت المال فقال له شيخنا الوالد : نحن نملكها بطريق الظفر لما لنا من الحق الذي لا نصل إليه في بيت المال ، لأن تلك الجارية على تقدير كونها من غنمية لم تقسم قسمة شرعية قد آل الأمر فيها إلى بيت المال ، لتعلم العلم بمسحقها ، فقال شيخنا المحلى : نعم لكم فيه حقوق من وجوه اهـ وهذا موافق لما نقلناه عن الفقيه وعن النزائية والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع في بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض ، وحكم استيلائهم علينا فتح وبه ظهر أنه من إضافة المصدر إلى فاعله لا إلى مفعوله أيضاً لأنه هو ما فرغ من بيانه فانهم (قوله على بعضهم بعضاً) تبع في هذا التعبير صاحب النهر ، وصوابه بعضهم على بعض كما قال ح أو إسقاط لفظ بعضها كما قال ط (قوله بدار الحرب) أفاد إطلاقه لا يشترط الإحراز بدار المالك ، حتى لو استولى كفار الترك والمند على الروم وأحرزوها

لاستيلائه على مباح) ولو سعى أهل الحرب أهل الذمة من دارنا لا يملكونهم لأنهم أحرار (وذلك السبي للكافر (إن غلبنا عليهم) اعتبارا لآثار أملاكهم (وإن غلبوا على أموالنا) ولو عدا مؤمنا (وأحرزوها بدارهم ملكوها) لا للاستيلاء على مباح ،

بالهند ، ثبت الملك لكفار الترك ككفار الهند كما في الخلاصة قهستاني ونحوه في البحر . وبأنى ما يؤيده السكت ذكر ابن كمال أن الإحراز ها غير شرط ، وإنما هو مخصوص في المسألة الآتية وهي قوله : وإن غلبوا على أموالنا الخ على ما أفصح عنه صاحب الهداية اه أى حيث أطلق هنا وقيد بالإحراز في الآتية وذكر في الشرنبلالية مثل ما ذكره ابن كمال فتأمل (قوله لاستيلائه على مباح) أى فيملكه هو مباشرة سببه كالاحتطاب والاصطياد (قوله ولو سعى الخ) ذكر المسألة بتعليقها في الدرر عن واقعات الصدر الشهيد، ولم يذكر أموال أهل الذمة، لأنها كأموالنا فتصالح بالإحراز ، وقوله : من دارنا الظاهر أنه احتراز عما لو لحق الذي بدار الحرب فسي منها ، أما لو دخل دارهم على يد العود ، فالظاهر أنه لا يملك بالسبي لبقاء عهد الذمة فله حكمتنا تأمل (قوله من ذلك السبي للكافر) فسر اسم الإشارة بما ذكر ليبد أنه راجع إلى المسألة الأولى دون مسألة الذي لأنهم إذا لم يملكوا الذي إذا سبوه لم يملكه . منهم فافهم (قوله اعتبارا بآثار أملاكهم) أى كما يملك باقي أملاكهم ، وشمل ما إذا كان بيننا وبين المسيئين موعدة لأما لم نعدهم إنما أخذنا ما لا يخرج عن ملكهم ، ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين مواعدة كان لنا أن نشترى من السابقين لما ذكرنا إلا إذا اقتتلوا بدارنا . لأنهم لم يملكوه لعدم الإحراز فيكون شراؤنا غدرا بالآخرين . لأنه على ملكهم ونعامة في البحر عن الفتح وقوله : لم يملكوه لعدم الإحراز يدل على اشتراط الإحراز في المسألة المارة كما ذكرناه .

مطلب فيما لو باع الحربى ولده

(تنبه) في النهر عن مية المفتى إذا باع الحربى هناك ولده من مسلم عن الإمام أنه لا يجوز ولا يجبر على الرد وعن أبي يوسف . أنه يجبر إذا خاصم الحربى ، ولو دخل دارنا بأمان مع ولده فباع الولد لا يجوز في الروايات اه أى لأن في إجازة بيع الولد نقض أمانته كما في ط عن الولوالجية (قوله ولو عيدا مؤمنا) وكذا الكافر بالأولى وكان الأولى التعبير بالنقض ليجرح المدبر ، والمكاتب ، وأم الولد فإنهم لا يملكونهم كما سيذكره المصنف ومثل العبد الأمة كما في الدرر .

مطلب يلحق بدار الحرب المفازة والبحر الملح

(قوله وأحرزوها بدارهم) ويلحق بها البحر الملح ونحوه كفازة ليس وراءها بلا إسلام ، نقله بعضهم عن الحميرى وفي حاشية أبي السعود عن شرح الظم الحاملى سطح البحر له حكم دار الحرب اه وفي الشرنبلالية قبيل باب العشر : سئل قارى الهداية عن البحر الملح أمن دار الحرب ، أو الإسلام أجاب : أنه ليس من أحد القبطيين لأنه لا يفتح لأحد عليه اه قال في الدرر المستقى هناك : لكن قلنا في باب لكاح الكافر أن البحر الملح ملحق بدار الحرب (قوله ملكوها) هو قول مالك وأحمد أيضا فيحل الأكل والوطء لمن اشتراه منهم كما في الفتح لقوله تعالى - للعقراء المهاجرات - ساهم فقراء فدل على أن الكفار يملكون أموالهم التي هاجروا عنها ، ومن لا يصل إلى ماله ليس فقيرا ، بل هو ابن سبيل ولذا عطفوا عليهم في آية الصدقات وهذا يؤيد لما ورد من طرق كثيرة ، وإن كانت ضعيفة تنفيذ هذا الحكم بلا شك ، كما أوضحه وأطال في تحقيقه ابن الممام (قوله لا للاستيلاء الخ) رد على الهداية حيث ذكر أن عند الشافعى لا يملكونها ، لأن الاستيلاء محظور فلا يفتد الملك ،

لما أن الصحيح من مذهب أهل السنة أن الأصل في الأشياء التوقف ، والإباحة رأى المعتزلة ، بل لأن العصمة من جملة الأحكام المشروعة وهم لم يحاطوا بها فبقى في حقهم ما لا غير معصوم فيملكونه كما حققه صاحب المجموع في شرحه ويفترض علينا اتباعهم فإن أسلموا تقرر ملكهم (وإن غلبنا عليهم) أى بعد ما أحرزوها بدارهم

ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح ، لأن العصمة في المال إنما ثبتت على منافية الدليل ، وهو قوله تعالى - هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا - فإنه يقتضى إباحة الأموال وعدم العصمة لملكها ثبتت بضرورة تمكن المالك من الانتفاع ، فإذا زالت المكنة بالاستيلاء وتبين الدارين عاد مباحا كما كان اه موضحا من العناية والمنع .

مطلب في أن الأصل في الأشياء الإباحة

(قوله لما أن الصحيح الخ) حاصله إن هذا التعليل المار عن الهداية مبنى على أن الأصل في الأشياء الإباحة وهو رأى المعتزلة ، والصحيح من مذهب أهل السنة أن الأصل فيها التوقف حتى يرد الشرع . من الوجه أن العصمة ثابتة بخطاب الشرع عندنا ، فلم تظهر العصمة في حقهم ، وعند الشافعى هم محصورون بغير شرع ، فظهرت العصمة في حقهم فلا يملكونها ، الاستيلاء هذا حاصل ما فى المنع شرح المجموع .

أقول : وفيه نظر من وجوه .

الأول : أن ماسر عن الهداية ليس مبنيا على أن الأصل الإباحة ، لأن الخلاف المذكور فيه إما هو قبل ورود الشرع ، وصاحب الهداية إنما أثبت الإباحة بعد ورود الشرع بمقتضى الدليل بمعنى مقتضى الدليل إباحتها ، لكن ثبتت العصمة بعراض ، وقد صرح بذلك في أصول البرزوى حيث قال : ورود الشرع الأموال على الإباحة بالإجماع ما لم يظهر دليل الحرمة لأن الله تعالى أباحها بقوله - خالق لكم ما فى الأرض جميعا -

الثاني : أن الكفار مخاطبون بالإيمان والعقوبات سوى حد الشرب والمعادلات . وإنه الخلاف في العبادات كما قدمناه أوائل الجهاد .

الثالث : أن قوله فلم تظهر العصمة في حقهم أى هو مباح لم فعبه رجوع إلى القول بالإباحة كما أفاده ط

الرابع : أن نسبة الإباحة إلى المعتزلة مخالفة لما في كتب الأصول ، ففي تحرر ابن الهمام اختار الإباحة عند جمهور الحنفية والشافعية اه وفي شرح أصول البرزوى للعلامة الأكل قال أكثر أصحابنا وأكثر أصحاب الشافعى إن الأشياء التى يجوز أن يرد الشرع بإباحتها وحرمتها قبل وروده على الإباحة ، وهى الأصل فيها حتى أبيض لمن لم يبلغه الشرع أن يأكل ماشاء وإليه أشار محمد في الإكراه حيث قال : أكل الميتة وشرب الخمر لم يحرم إلا بالنهى ، فجعل الإباحة أصلا والحرمة بعراض النهى ، وهو قول الجبائى وأبى هاشم وأصحاب الظاهر . وقال بعض أصحابنا وبعض أصحاب الشافعى ومعتزلة بغداد : إنها على الخطر وقالت الأشعرية وعامة أهل الحديث : إنها على الوقف حتى إن من لم يبلغه الشرع يتوقف ولا يتناول شيئا فإن تناول لم يوصف فعله بجمل ولا حرمة وقال عبد القاهر البغدادى تفسيره لا يستحق ثوابا ولا عقابا وإليه مال الشيخ أبو منصور اه وبسط أدلة الأقوال فيه (قوله ويفترض علينا اتباعهم) أى لاستقذا أموالنا ماداموا في دار الإسلام ؛ فإن دخلوا دار الحرب لا يفترض ؛ والأولى الاتباع بخلاف الزواجر يفترض اتباعهم مطلقا بغير عن الحيط وقوله مطلقا أى ، وإن دخلوا دار الحرب لكن ما لم يبلغوا حصونهم كما قدمناه أول الجهاد عن الذخيرة (قوله فإن أسلموا تقرر ملكهم) أى لاسيلا لأربابها عليها بغير عن شرح الطحاوى ؛ وعبر الشارح بالتقرر ؛ لأن ملكهم بعد الإحراز

أما قبله فهي للمالكه بجائنا مطلقا (فن وجد ملكه قبل القسمة) بين المسلمين لا بين الكفار كما حققه في الدرر (فهو له بجائنا) بلا شيء (وإن وجد له بعدها فهو له بالقيمة) جبرا للضررين بالقدر الممكن (ولو) كان ملكه (مثليا فلا سبيل له عليه بعدها) إذ لو أخذه أخذه بمثله فلا يفيد ولو قبلها أخذه بجائنا كما مر (وبالتمن) الذي اشتراه به (لو اشتراه منهم تاجر) أي من العدو وأخرجه إلى دارنا، وبقيمة العرض لو اشتراه به، وبالقيمة لو اتهم به منهم زاد في الدرر أو ملكه بعقد فاسخ لكن في البحر: شراء بخمر أو خنزير ليس للمالكه أخذه بانفاق الروايات، وكذا لو شراه بمثله نسيئة أو بمثله قدرا ووصفا بعقد صحيح أو فاسد لعدم الفائدة

قبل الإسلام، على شرف الزوال إذا غلبنا عليهم وهذا التعبير صرح ذكر هذه المسألة في شرح قوله، وإن غلبوا على أموالنا الخ، ليفيد أن قوله ملكوها أي ملكا على شرف الزوال، وإلا كان المناسب ذكرها عند قوله وملكنا مجرده من ذلك الخ بأن يقول إلا إن كانوا أسلموا التقرر ملكهم تأمل (قوله أما قبله) أي قبل الإحراز (قوله مطلقا) أي قبل القسمة أو بعدها (قوله فن وجد ملكه) الإضافة للعهد أي الذي يملكه الكفار، فلو دخل في دارنا حربيا بأمان وسرق من مسلم طعاما أو متاعا وأخرجه إلى دراهم ثم اشتراه مسلم وأخرجه إلى دارنا أخذه ملكه بلا شيء، وكذا لو أبق عند إلبهم ثم اشتراه مسلم كما في المحيط وغيره قهستاني (قوله كما حققه في الدرر) أي رداع على ما وقع في شرح المجمع لمصنفه من حل القسمة على القسمة بين الكفار، حيث قال إنه يخالف لجميع الكتب كما لا يخفى على أولى الأصار (قوله بلا شيء) تفسير لقوله بجائنا (قوله بالقيمة) أي قيمته يوم أخذه الغنم قهستاني وفيه أيضا أنه لو مات المالك لاسبيل لو ارثه، لأن الخيار لم يورثه أي لأنه غير بين أخذه بالقيمة ونزكه، لكن نقل السامحاني عن الحائلي لو مات المأسور منه بعد إخراج المشتري من العدو لو ارثته أخذه على قول محمد لاليعض الورثة وعن أبي يوسف ليس للورثة أخذه:

[تنبيه] في الشرع بلالية عن الجوهرية: لو كان عبدا فأعتقه من وقع في سهمه نفذ عتقه وبطل حتى المالك، وإن باعه أخذه ملكه بالتمن، وليس له نقض البيع (قوله جبرا للضررين الخ) لأن المالك القديم يتضرر بزوال ملكه عنه بلا رضاه، ومن وقع العين في نصيبه يتضرر بالأخذ منه بجائنا، لأنه استحققه عوضا عن سهمه في العتية، فقلنا بحق الأخذ بالقيمة جبرا للضررين بالقدر الممكن وقبل القسمة الملك فيه للعامة، فلا يصيب كل فرد منهم ما يبالي بعوته فلا يتحقق الضرر له درر (قوله ولو قبلها الخ) مكرر بما قبله ط (قوله الذي اشتراه) الضمير المستتر حائل إلى تاجر لأنه وإن تأخر في النطق لكنه متقدم في المعنى لأنه في جواب الشرط، فإن التقدير ولو اشتراه منهم تاجر أخذه بالتمن الذي اشتراه به (قوله وبالقيمة لو اتهم به) لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة بخر، وفيه إشارة إلى أنه لو مثليا لافائدة في أخذه كما مر (قوله أو ملكه بعقد فاسد) أي فإنه يأخذه بالقيمة لو قيميا (قوله ليس للمالكه أخذه) أي بالخمر والخنزير، بل يأخذه بقيمة نفسه، كما نقله في النهر عن السراج الوهاج، وحينئذ لا معنى للاستبراء، بل كان عليه أن يقول: لو ملكه بعقد فاسد كما لو شراه بخمر أو خنزير اهـ.

قلت: لكن صاحب السراج قال في الجوهرية: وإن اشتراه بخمر أو خنزير أخذه بقيمة الخمر وإن شاء تركه اهـ إلا أن يحمل هذا على ما إذا كان البيع مثليا وما في السراج على ما إذا كان قيميا تأمل، ولم يذكر هل له أخذه بقيمة الخنزير، والظاهر نعم يجعل قيمة الخنزير قائمة مقام المبيع لاقام الخنزير كما ذكروه في الشفعة، فما لو اشترى دارا بخنزير وشغيعها، سلم يأخذها بقيمة الخنزير وتكون قائمة مقام الدار فتأمل (قوله وكذا لو شراه الخ).

فلو بأقل قدرا وأردأ وصفا فله أخذه لأنه يفيد وليس بربا لأنه فداء (وإن وصليته (فقاعيته) أو قطع يده (واخذ) مشترى (أرشه) أو فقأها المشتري، فيأخذه بكل الثمن إن شاء لأن الأوصاف لا يقابلها شيء منه (والقول للمشتري في مقداره) أي الثمن (بيمينته عند عدم البرهان) لأن البيئة مبينة، ولو برهنا فبيئة المالك أيضا خلافا لثاني نهر (وإن تكرور الأسر والشراء) بأن أسر ثانيا وشراء آخر (أخذ) المشتري (الأول من الثاني بضمنه) جبرا لو ردد الأسر على ملكه، فكان الأخذ له (ثم يأخذ) المالك (القديم بالثمنين إن شاء) لقيامه عليه بهما وقبل أخذ الأول لا يأخذه القديم كي لا يضيع الثمن (ولا يملكون حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا) لحريتهم من وجهه فيأخذه مملكته بجانبنا لكن بعد القسمة تؤدي قيمته من بيت المال

أي ليس للمالك أخذه وهذا تعقيب لقول المتن وبالثمن الخ (قوله فلو بأقل قدرا) كما لو كان التاجر اشترى فخير بر بنصف فقير منه (قوله أو أردأ وصفا) كأن اشترى فقيرا جيدا بأردأ منه وكذا أو بالعكس (قوله وليس بربا لأنه فداء) أي لا عوض وهذا راجع إلى قوله فلو بأقل قدرا، أما الأردأ وصفا بعد التمثل في القدر، ولا ينوهم كونه ربا لأن جيدا وورديتها سواء (قوله وإن وصليته) أي واصله ما بعد ما يقابلها لاشترطية (قوله فقاعيته) المناسب أن يرسم قتي بالياء مبنيا للمجهول، وصورة المسألة: إذا أخذ الكفار عبدا ودخوا في الحرب، فاشتره رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقت عينه وأخذ أرشها. فإن المولى يأخذه ما بين الذي أخذه به المشتري من العدو، ولا يأخذ الأرض لأن الملك فيه صحيح، فكان الأرض حاصلًا في ملكه ورأى أخذه وإنما يأخذه بمثله لأن الأرض دراهم أودنانير وتمامه في العناية (قوله أو فقأها المشتري) أشار به إلى قول الجرح، لا يهرق في الفاق، بين أن يكون المشتري أو غيره (قوله لأن الأوصاف الخ) أي والعم كالموصف، لأن ما يخص وصف الإبصار وقد كانت في ملك صحيح فلا يقابلها شيء منه والعقر كالأرض نهر (قوله والقول له شترى صح لأنه ينكر استحقاق الأخذ بما بدعيه المالك القديم كالمشتري مع الشفع (قوله لأن البيئة مبينة) أي مشهورة وهى علة للقدر، وهو إما عند وجود البرهان من أحدهما فيقبل لأن الخ (قوله أيضا) أي كما أن بيئة المالك تقل إذا برهن وحده كما علم مما قبله (قوله خلافا لثاني) فإن البيئة عنده بيينة المشتري، ولا يخفى أن الأوجه الأول، لأن البيئة لإثبات خلاف الظاهر، والظاهر مع من يكون القول قوله وهو المشتري فبيئة المالك أقوى لإثباتها خلافا هذا ما ظهر في قافهم (قوله وإن تكرور الأسر والشراء) قيد بالتكرور لأن المشتري الأول لو وهبه كان مولاه أخذه من الموهوب له بقيمته كما لو وهبه الكافر لمسلم فتح (قوله لو ورد الأسر على ملكه) أي على ملك المشتري الأول فكان الأخذ له، حتى لو أبي أن يأخذه لم يلزم المشتري الثاني إعطاؤه للأول فتح (قوله ثم يأخذ المالك القديم) أي ثم بعد أخذ المشتري الأول من المشتري الثاني إذا أراد المالك الأول أن يأخذه من المشتري الأول يأخذه بالثمنين (قوله وقبل أخذ الأول) الظرف متعلق بما بعده وهو قوله لا يأخذه القديم قال في النهر: أي لا يأخذه المالك القديم من الثاني، ولو كان الأول غائبا أو حاضرا أبي عن أخذه لأن الأسر ما ورد على ملكه (قوله كي لا يضيع الثمن) أي على المشتري الأول (قوله ومدبرنا) ظاهر في المدبر المطلق، أما القيد فهل يملكونه أولا، وفي تعليل المصنف بأن الإستيلاء إنما يكون سببا للملك إذا لاقى محلا قابلا للملك إشارة إلى ملكهم القيد شربلالية (قوله فيأخذه ملكه) ولو في يد تاجر اشتراه منهم أو واحد من العسكر نهر (قوله تؤدي قيمته) أي لمن وقع في سهمه :

(وَعَلَّك عَلَيْهِمْ جَمِيعَ ذَلِكَ بِالْعَصَةِ) لَعَلَّمَهُم الْعَصَةَ (وَلَوْ نَدَّ إِلَيْهِمْ دَابَّةً مَلَكُوهَا) لَتَحَقَّقَ الْإِسْلَامُ لِأَذَلِّ الْعِبَادِ (وَلَا يُبْقِ إِلَيْهِمْ قَنْ مَسْلُومٍ فَأَخَذُوهُ) قَهْرًا (لَا) خِلَافًا لَهَا لظهور يده على نفسه بالخروج من دارنا فلم يبق محلا للملك (بِخِلَافٍ مَا إِذَا أَبَقَ إِلَيْهِمْ بَعْدَ ارْتِدَائِهِ فَأَخَذُوهُ) مَلَكُوهَ اتِّفَاقًا، وَلَوْ أَبَقَ وَمَعَهُ فَرَسٌ أَوْ مَتَاعٌ فَاشْتَرَى رَجُلٌ ذَلِكَ (كَأَنَّهُ مِنْهُمْ أَخَذَ) الْمَالِكُ (الْعَبْدَ جَانًا) لَمَّا مَرَّ أَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَهُ وَأَخَذَ (غَيْرَهُ بِالْثَمَنِ) لِأَنَّهُمْ مَلَكُوهُ (وَعَتَقَ عَبْدَ مُسْلِمٍ) أَوْ ذَى لِأَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى بَيْعِهِ أَيْضًا زَيْلَعِي (شَرَاهُ مُسْتَأْمِنٌ هَهُنَا وَأَدْخَلَهُ دِرَاهِمًا) إِقَامَةً لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ مَقَامَ

مطلب في قولهم إن أهل الحرب أرقاء

(قوله وَعَلَّك عَلَيْهِمْ جَمِيعَ ذَلِكَ) فَلَوْ أَدَّى مَلِكُهُمْ مُسْلِمٌ هَدِيَّةً مِنْ أَهْرَاسِهِمْ مَلِكُهُ إِلَّا إِذَا كَانَ قَرَابَةً لَهُ، وَلَوْ دَخَلَ دَارَهُمْ مُسْلِمٌ بِأَمَانٍ ثُمَّ اشْتَرَى مِنْ أَحَدِهِمْ ابْنَهُ ثُمَّ أَخْرَجَهُ إِلَى دَارِنَا قَهْرًا مَلِكُهُ، وَهَلْ يَمْلِكُهُ فِي دَارِهِمْ؟ خِلَافٌ وَالصَّحِيحُ لَا كَمَا فِي الْحَبِطِ، وَفِيهِ إِشْعَارٌ بِأَنَّ الْكُفَّارَ فِي دَارِهِمْ أَهْرَاسٌ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهُمْ أَرْقَاءُ فِيهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَلِكٌ لِأَحَدٍ عَلَيْهِمْ عَلَى مَا فِي الْمُسْتَصْنَى وَغَيْرِهِ قَهْستَانِي مُلْخَصًا دَرَسْتَقِي:

قلت: لكن قد مرنا في العتق أن المراد بكونهم أرقاء أي بعد الاستيلاء عليهم، أما قبله فهم أحرار لما في الظهيرة لو قيل له بنده نسبك حر أو أصلاك حر إن علم أنه سبي لا يعتق ولا يعتق. قال وهذا دليل على أن أهل الحرب أحرار أم وما في الحبط دليل عليه أيضا (قوله ولو ند) أي نفر من باب ضرب مصدره التذود كما في البحر عن المغرب (قوله إذ لا بد للعبياء) أي للدابة لكونها لا تعقل (قوله وإن أبقي إليهم قن الخ) أي سواء كان مسلم أو ذى قيد بقوله إليهم لأنهم لو أخذوه من دار الإسلام مملوكوه اتفاقا، ويقول مسلم احترازًا عن المرتد كما يأتي، وفي العبد الذي إذا أبقي قولان كما في الفتح ويقول: قهرا لما في شرح الرقاية من أن الخلاف فيها أخذوه قهرا وقيدوه، أما إذا لم يكن قهرا فلا يملكونه اتفاقا نهر (قوله لا) أي لا يملكونه، فيأخذوه المالك القديم بلا شيء سواء كان موهوبا منهم للذي أخرجه أو مشترى أو مغنوما لكن لو أخذوه بعد القسمة يعرض الإمام المأخوذ منه من بيت المال وتمامه في الفتح (قوله لظهور يده على نفسه) لأنه أدى مكلفه يد على نفسه، وإنما سقط اعتبار يده لتفكيك المولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى بمجرد دخوله دار الحرب فظهرت يد العبد على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف ما إذا أخذوه من دارنا لأن يد المولى قائمة حكما لقيام يد أهل الدار وتمامه في الفتح (قوله مملوكوه اتفاقا) لعدم اليد والعصمة ط (قوله وأخذ غير بالثمن جانا ١٤) أي عند الإمام وعندهما بالثمن أيضا اعتبارا لحالة الاجتماع بالانفراد، ولا تكون يده على نفسه مانعة من استيلاء الكفار على ماله لقيام الرق المانع للملك بالاستيلاء لغيره بحر، ونظر فيه في الفتح بأن ملكهم مائة لإباحته وإنما يصير مباحا إذا لم تكن عليه يد لأحد وهذا عليه يد العبد (قوله وعنه عند مسلم) أي عند أبي حنيفة، ومثله ما لو أسلم في يده كما في العناية:

مطلب إذا شري المستأمن عبدا ذميا يجبر على بيعه

(قوله لأنه) أي المستأمن يجبر على بيعه أي يبيع العبد الذي الذي شراه ولا يمكن من إدخاله دار الحرب كما في الزيلعي عن النهاية عن الإيضاح (قوله إقامة لتباين الدارين الخ) هذا وجه قول الإمام، وقال: لا يعتق، لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع، وقد انقطعت ولاية الجبر عليه، فبقى في يده عبدا، وله أن يخلص المسلم عن ذل الكافر واجب، فيقام الشرط، وهو تباين الدارين مقام العاة وهو الاحتياق بخالصها له

(١) قوله (وأخذ غيره بالثمن جانا) هكذا بخطه والذي في الشرح (بالثمن) فقط بدون زيادة كلمة جانا، على أنه لا معنى للجمع بالثمن. تأمل أمه مصححه.

الإعتاق كما لو استولوا عليه وأدخلوه دارهم فأبى منهم إلينا قيد بالمستأمن لأنه لو شراه حربى لا يعتق عليه اتفاقا لمانع حتى استرداده نهر (كعبد لم أسلم ثمة فجاءنا) إلى دارنا أو إلى عسكرينا ثمة، أو اشتراه مسلم أو ذى أو حربى ثمة، أو عرضه على البيع وإن لم يقبل المشتري بحر (أو ظهورا عليهم) فى هذه التسع صور يعتق العبد بلا إعتاق ولا ولاء لأحد عليه، لأن هذا عتق حكى درر، وفى الزيلعى لو قال الحربى لعبد أخذا بيده: أنت حر لا يعتق عند أبى حنيفة لأنه معتق ببيانه مسترق ببيانه.

كما يقام مضى الثلاث حبس مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين فى دار الحرب ابن كمال (قوله كما لو استولوا عليه الخ) ذكر هذا الفرع فى الدور، لكن ذكر فى البزاية وكذا فى الفتاخرانية من الملتقط عبد أسره أهل الحرب وألحقه بدارهم ثم أبى منهم يرد إلى سيده وفى رواية يعتق أه وظهره أن المرجع عدم العتق وهو ظاهر لأن سيده المسلم له حق استرداده كما يوضحه ما يأتى عقبه (قوله قيد بالمستأمن الخ) عبارة النهر هكذا قيد بشراه المستأمن. لأن الحربى لو أسر العبد المسلم وأدخله داره لا يعتق عليه اتفاقا لمانع عنده من عمل المقتضى عمله، وهو حق استرداد المسلم أه وبه يظهر ما فى عبارة الشارح من الخلط (قوله لمانع حتى استرداده) الإضافة بيبانية: أى لمانع هو حق استرداد المولى المسلم عبده.

وحاصله: الفرق من جهة الإمام بين هذه المسألة وما قبلها، وهو أن كلاما فيمى ممكنة الحربى فى داره ووجب إزالته عن ملكه، وهما لم يملكه قبل إدخاله دارهم، فكان للمولى حتى استرداده فلو استغناه عن الحربى حين أحرزه أبطلنا حتى استرداد المسلم إياه جبرا فكان ذلك مانعا من عمل المقتضى عمله أى من تأثير تبين بدارس فى الإعتاق (قوله كعبد لم الخ) أى كما يعتق عبد الح وهذا على قوله خلافا لما (قوله أسلم ثمة) أى فى دار الحرب وهو قيد اتفاقا إذ لو خرج مراغما لمولاه فأسلم فى دارنا فالحكم كذلك، بخلاف ما إذا خرج براد مولاه أو بأسره لحاجة فأسلم فى دارنا، فإن حكمه أن يبيعه الإمام، ويحفظ ثمنه لمولاه الحربى بحر (قوله أو إلى عسكرينا ثمة) لا يعلم فيه خلاف بين أهل العلم فتح (قوله أو اشتراه مسلم الخ) أى يعتق خلافا لما لأن قهر مولاه راد حقيقة بالبيع، وكان إسلامه يوجب إزالة قهره عنه إلا أنه تعلو الخطاب بالإزالة فأقيم ماله أثر فى زوال الملك مقام الإزالة بحر (قوله أو عرضه على البيع الخ) لأنه لما عرضه فقد رضى زوال ملكه فتح (قوله فى هذه التسع صور) أقول بل هى إحدى عشرة صورة إلا أن العبد الذى اشتراه المستأمن وأدخله دارهم إما مسلم أو ذى، وقوله كما لو استولوا عليه أى على العبد المسلم أو الذى أه ح.

قلت: مسألة الاستيلاء قد علمت ما فيها نعم يزداد مسألة ما لو خرج مراغما لمولاه (قوله ولا ولاء لأحد عليه الخ) عزاه فى الدور إلى غاية البيان عن شرح الطحاوى، واعترض بأن الذى فى شرح الطحاوى، ولا يثبت ولاء العبد الخارج إلينا مسلما لأحد لأن هذا عتق حكى أه فقد خصه بالخارج إلينا.

قلت: لكن العذر لصاحب الدور أن العتق حكى فى الكل فالظاهر عدم الفرق (قوله لو قال الحربى الخ) الذى تقدم من المسائل صبح فيه العتق بلا إعتاق وهذه بالعكس لأن العتق لم يصح فيها مع صريح الإعتاق، والمراد بالحربى من كان منشؤه دار الحرب، سواء أسلم هناك أو بى على حريته إحترازا عن مسلم دخل دار الحرب، فاشترى عبدا حربيا فاعتقه فالاستحسان أنه يعتق بلا تحلية وله الولاء كما حررناه أول باب العتق فراجعه (قوله آتعا) أى لم يخل سيلاه (قوله لا يعتق عند أبى حنيفة) حتى لو أسلم والعبد عنده فهو ملكه، وعندهما يعتق لصدر ركن الحق من أهله، بدليل صحة إعتاقه عبدا مسلما فى دار الحرب فى عمله لكونه مملوكا (قوله لأنه معتق ببيانه) أى بتصريمه بلسانه مسترق ببيانه: أى بيده وهذا وجه قول الإمام قال الزيلعى: وهذا لأن الملك

باب المستامن

أى الطالب للأمان (هو من يدخل دار غيره بأمان) مسلما كان أو حربيا (دخل مسلم دار الحرب بأمان حرم تعرضه لشيء) من دم ومال وفرج (منهم) إذ المسلمون عند شروطهم (فلو أخرج) إلينا (شيئا ملكه) ملكا (حراما) للغدر (فيتصدق به) وحبوا ، قيد بالإخراج لأنه لو غصب منهم شيئا رده عليهم وجوبا (بخلاف الأسير) فيباح تعرضه (وإن أطلقوه طوعا) لأنه غير مستامن ، فهو كالمفلس (فإنه يجوز له أخذ المال وقتل النفس دون استباحة الفرج) لأنه لا يباح إلا بالملك (إلا إذا وجد امرأته المأسورة أو أم ولده أو مدينته) لأنهم مملوكون بخلاف الأمة (ولم يظاهروا أهل الحرب) إذ لو وظنوهن نجس العدة للشبهة

كما يزول بثبوت باستيلاء جديد وهو أخذه له بيده في دار الحرب فيكون عبدا له بخلاف المسلم لأنه ليس بمحل التملك بالاستيلاء اه والله سبحانه أعلم :

باب المستامن

بكسر الميم اسم فاعل بقرينة التفسير ويصح بالفتح اسم مفعول والسين والتاء للصيرورة : أى من صار مؤثما أفاده ط (قوله دار غيره) المراد بالدار الإقليم المختص بقهر ملك لإسلام أو كفر ، لا ما يشمل دار السكنى حتى يرد أنه غير مانع فافهم (قوله حرم تعرضه لشيء الخ) شمل الشيء أمته المأسورة لأنها من أملاكهم بخلاف زوجته وأم ولده ومدينته لعدم ملكهم لمن وكذا ما أسروه من ذراري المسلمين فله تخليصهم من أيديهم إذا قدر أفاده في البحر :

[تنبيه] في كافي الحاكم وإن بايعهم الدرهم بدرهمين نقدا أو نسيئة أو بايعهم بالخمر والخنزير والميتة فلا بأس بذلك لأن له أن يأخذ أموالهم برضاهم في قولهما ولا يجوز شيء من ذلك في قول أبي يوسف اه (قوله إذ المسلمون عند شروطهم) لأنه ضمن بالاستئمان أن لا يتعرض لهم ، والغدر حرام إلا إذا غدر به ملكهم فأخذ ماله أو حبسه أو نزل غيره بعلمه ولم يمنعه ، لأنهم هم الذين نقضوا العهد بحر (قوله فلو أخرج الخ) تفريع ليكون الملك حراما أو نزل غيره بالتعرض كما أشار إليه بقوله للغدر فافهم (قوله فيتصدق به) لحصوله بسبب محظور وهو الغدر حتى لو كان جارية لا يملك له وطؤها ولا للمشتري منه بخلاف المشتراة شراء فاسدا فإن حرمة وطئها على المشتري خاصة وتحل للمشتري منه ، لأنه يباع بيعا صحيحا فانقطع به حق البائع الأول في الاسترداد ، وهنا الكراهة للغدر والمشتري الثاني كالأول فيه وتماه في الفتح : وفيه : لو تزوج امرأة منهم ثم أخرجها إلى دارنا قهرا ملكها فينسخ النكاح ويصح بيعها وإن طأعته لا يصبح بيعها لأنه لم يملكها ، وقيلوا إخراجها كرها بما إذا أضمر في نفسه أنه يخرجها لبيعتها ولا بد منه إذ لو أخرجها لاعتقاده أن له إن يذهب بزوجه إذا أوفاهما المعجل ينبغي أن لا يملكها اه : (قوله قيد بالإخراج) لأنه لو غصب الخ (يعنى ولم يخرجها لأنه محتمل القيد ، وحبارة في الدر المنثور قيد بالإخراج لأنه لو لم يخرجها وجب رده عليهم للغدر (قوله وإن أطلقوه) أى تركوه في دارهم فتح (قوله لأنه لا يباح إلا بالملك) ولا ملك قبل الإحراز بدارنا (قوله إلا إذا وجد) أى الأسير ومثله التاجر كما قلناه وفي قوله امرأته إشارة إلى بقاء النكاح ، سواء سببت الزوجة قبل زواجها أو بعده ، لكن في فتاوى قارى الهداية أن المأسورة تبين شرئلاية ثم نقل في النكاح ما يفيد أنها لاتبين ، لعدم تباين الدارين قال : فليأمل فيها في فتاوى قارى الهداية دو متقى (قوله بخلاف الأمة) أى القنة المأثورة ، فلا يباح له وطؤها مطلقا لأنها مملوكة لم بحر (قوله نجس العدة) فلا يجوز وظنوهن حتى تنقضى عدتهن بحر (قوله للشبهة) أى شبهة الملك ففى البحر في غير هذا الموضع من المحيط لأنهم

(فإن أدانته حربى دينا ببيع أو قرض وبمكته أو غصب أحدهما صاحبه وخرجنا إلينا لم نقض) لأحد (بشئ) لأنه ما للزم حكم الإسلام فيما مضى بل فيما يستقبل (ويبقى المسلم برد المقتصوب) زيلعى ، زاد السكال (و) برد (الدين) أيضا (ديانة) لا قضاء ، لأنه غدر (وكذا الحكم) يجرى (في حربيين فعلا ذلك) أى الإدانة والغصب (ثم استأمننا) لما بيننا (خرج حربى مع مسلم إلى العسكر قاضى المسلم أنه أسيره وقال) الحربى (كنت مستأمننا فاقول للحربى إلا إذا قامت قرينة) ككونه مكتوبا أو مغاولا عملا بالظاهر بحر (وإن خرجنا) أى الحربى (مسلمين) ونحكما (قضى بينهما بالدين) لوقوعه صحيحا للراضى (و) أما (العصف) لا لما مر أنه ملكه (قتل أحد المسلمين المستأمنين صاحبه) عمدا أو خطأ (نجب الدية) لسقوط القود ثمة كالخلد (فى ماله) فهما لتعذر الصيانة على العاقلة مع تبان الدارين (والكفارة) أيضا (فى الخطأ) لإطلاق النص (وفى) قتل أحد (الأسيرين) الآخر (كفر فقط) لما مر بلا دية (فى الخطأ) ولاشئ فى العمد أصلا لأنه بالأسر

بأشروا الرطه على تأويل الملك فنجب العدة ويثبت النسب اه (قوله فإن أدانته التاجر) الذى دخل دار الحرب بأمان (قوله ببيع أو قرض) ظاهره شمول الدين للقرض وهو موافق لما فى المغرب مخالف لما فى القاموس .
(قوله بطلب الطابة ما حاصله : إن من قصر المدافنة على البيع بالدين شدد فقال أدان من باب الافتعال ، ومن ادبح فيه القرض ونحوه مما يجب فى الذمة بالعقد أو الاستهلاك خفف وتماه فى النهر (قوله وبمكته) أى بال أدان حربيا (قوله لأنه ما للزم الخ) قال الزيلعى : لأن القضاء يستدعى الولاية ويعتمدها ولا ولاية وقت الإدانة أصلا إذ لا قدره للقاضى فيه على من هو فى دار الحرب ، ولا وقت القضاء على المستأمن ، لأنه ما للزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزمه فيما يستقبل والغصب فى دار الحرب سبب يفيد الملك ، لأنه استيلاء على ما .
باج غير معصوم فصار كالإدانة . وقال أبو يوسف : بقضى بالدين على المسلم دون الغصب ، لأنه الحرم أحكام الإسلام حيث كان وأجب بأنه إذا امتنع فى حق المستأمن امتنع فى حق المسلم أيضا تحقيقا للتسوية بينهما أهملحضا قال فى الفتح : ولا يفتى بضعفه فإن وجوب التسوية بينهما ليس فى أن يبطل حق أحدهما بلا موجب أوجب لإبطال حق الآخر بموجب بل إنما ذلك فى الإقبال والإقامة والإجلاس ونحو ذلك (قوله لأنه غدر) لأنه التزم الأمان أن لا يغيرهم ، ولا يقضى عليه لما ذكرنا زيلعى : أى من أنه استيلاء على مال مباح .
والحاصل : أن الملك حصل بالاستيلاء فلا يقضى عليه بالرد لكنه بسبب محظور وهو القدر فأورث ختنا فى

الملك فلذا يفتى بالرد ديانة قافهم (قوله لما بيننا) فى قوله لأنه ما للزم حكم الإسلام الخ (قوله ككونه مكتوبا أو مغاولا) أو مع عدد من المسلمين بحر (قوله لوقوعه صحيحا) أى والولاية ثابتة حالة القضاء لا تراهما الأحكام بالإسلام بحر (قوله للراضى) علة لكونه صحيحا (قوله لما مر) أى بأول الباب السابق ، ولا يؤمر بالرد لأن ملكه صحيح لا خيب فيه نهر : أى لأنه لا غدر فيه بخلاف المستأمن (قوله لسقوط القود) أى فى العمد ، لأنه لا يمكن استيفاء القود إلا بمنعة ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ، ولم يوجد ذلك فى دار الحرب بحر (قوله كالخلد) أى كسقوط الخلد لوزنى أو سرق لعدم الولاية (قوله فهما) أى فى العمد والخطأ (قوله لتعذر الصيانة) علة لقوله فى ماله : أى لا على العاقلة لأن وجوب الدية على العاقلة بسبب صيانتهم عن القتل ولا قدرة لهم عليها مع تبان الدارين ، وهذا فى الخطأ فكان ينبغي أن يزيد ولأن العواقل لا تعقل العمد (قوله لإطلاق النص) هو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقية مؤمنة - بلا تقييد بدار الإسلام أو الحرب درر (قوله لما مر) أى من إطلاق النص (قوله ولاشئ فى العمد أصلا) أى لا كفارة لأنها لا تجب فى العمد عندنا ولا قود لما ذكره وهذا عنده وقال فى الأسيرين الدية فى الخطأ والعمد وتماه فى البحر (قوله لأنه بالأسر الخ) بيان للفرق من جهة الإمام بين المستأمنين والأسيرين

صار تبعاً لهم فسقطت عصمته المقومة لا المؤتممة ، فلذا يكفر في الخطأ (كقتل مسلم) أسيراً أو (من أسلم ثمة) ولو ورثته مسلمون ثمة فيكفر في الخطأ فقط لعدم الإحراز بدارنا .

فصل في استئمان الكافر

لا يمكن حربي مستأمن فينا سنة لتلا يصير عينا لهم وعونا علينا (وقيل له) من قبل الإمام (إن أقت سنة) قيد اتفاق لجوار توقيت مادونه ككسر وشهرين درر لكن ينبغي أن لا يلحقه ضرر بتقصير المدة جدلاً فتح (وضعنا عليك الجزية فإن مكث سنة) بعد قوله (فهو ذى) ظاهر المتن أن قول الإمام له ذلك شرط لكونه ذمياً ، فلو أقام سنة أو سنتين قبل القول فليس بذى وبه صرح العتاني وقيل نعم وبه جزم في الدرر قال في الفتح والأول أوجه

وذلك أن الأسير صار تبعاً لهم بالفهر حتى صار مقيماً بإقامتهم ومسافراً بسفرهم كعبيد المسلمين فإذا كان تبعاً لهم فلا يجب بقتله دية كأصله وهو الحربي فصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا ، وهو المراد بقوله كقتل مسلم من أسلم ثمة أى في دار الحرب فإنه لا يجب بقتله إلا الكفارة في الخطأ لأنه غير مقصود لعدم الإحراز بالدار ، فكذا هذا لطلان الإحراز الذي كان في دارنا بالتبعية ثم في دارهم وأما المستأمن فقير مقهور لإمكان خروجه باختياره فلا يكون تبعاً لهم وتماحه في الزيلعي (قوله فسقطت عصمته المقومة) هي مانوجب المال أو القصاص عند التعرض ، والمؤتممة ما توجب الإثم ، والأولى تثبت بالإحراز بالدار كعصمة المال لا بالإسلام عندنا ، فإن الذي مع كفره يقوم بالإحراز والثانية يكونه آدمياً لأنه خلق لإقامة الدين ولا يتمكن من ذلك إلا بعصمة نفسه بأن لا يتعرض له أحد ولا يباح قتله إلا بهارض أفاده الزيلعي (قوله كقتل مسلم أسيراً) أفاد أن تصوير المسألة بالأسيرين غير قيد بل الاعتبار كون المقتول أسيراً لأن المناط كون المقتول صار تبعاً لهم بالفهر كما علمت سواء كان القتال مثله أو مستأمناً هو كان بالعكس بأن قتل الأسير مستأناً فالظاهر أنه كقتل أحد المستأمنين صاحبه كما جئنا ح (قوله ولو ورثته مسلمون ثمة) كذا في غالب النسخ ، وكان حقه أن يقول مسلمين لأنه خبر كان المقدرة بعد لو وفي بعض النسخ مسلمون فهو صفة لورثته وخبر كان قوله ثمة والله سبحانه أعلم .

فصل في استئمان الكافر

(قوله ولا يمكن حربي مستأمن الخ) قيد بالمستأمن لأنه لو دخل دارنا بلا أمان كان ومأمنه فيها ولو قال دخلت بأمان إلا أن ثبت ، ولو قال : أنا رسول الملك ، فلو معه كتاب بعلامة تعرف كان آمناً ولو دخل الحرم فهو في عنده وقالوا : لا يؤخذ ، ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤذى ولا يخرج ولو قال مسلم : أنا أمته لم يصدق إلا أن يشهد رجلان غيره ، وسواء أخذ قبل الإسلام أو بعده عند الإمام وقالوا : إن أسلم فهو حر ولا يختص به الأخذ عنده وظاهر قولهما أنه يختص به اه ملخصاً من الفتح والبحر : وقدما بعضه قبل باب المغنم قال الرولى : ويؤخذ ما ذكر جواب حادثة الفتوى : وهو أنه يخرج كثيراً من سفن أهل الحرب جماعة منهم للاستفتاء من الأنهر التي بالسواحل الإسلامية ، فيقع فيهم بعض المسلمين فيأخذهم اه أى فيكون فينا لجماعة المسلمين عند الإمام وفيكونه بخمس عنه وروايتان كما قدمناه قبل المغنم (قوله لتلا يصير عينا لهم الخ) العين هو الجاسوس والعون الظاهر على الأمر ، والجمع أعوان عناية قال الرولى : هذه العلة تنادى بحجة تمكينه سنة بلا شرط وضع الجزية عليه إن هو أقامها تأمل اه (قوله من قبل الإمام) أى أو نائبه ط (قوله قيد اتفاق) أى بالنسبة للأقل للأكثر فلا يجوز تحديداً أكثر من سنة بقرينة قوله السابق لا يمكن الخ ط (قوله وقيل نعم) أى يكون ذمياً والأولى إبدال نعم بلا أى لا يكون شرطاً (قوله وبه جزم في الدرر) أى نقلاً عن النهاية عن المبسوط لكن عبارة المبسوط : ينبغي للإمام أن يتقدم إليه فيأمره إلى أن

(ولا جزية عليه في حول المكث إلا بشرط أخذها منه فيه و) إذا صار ذميا (يجرى القصاص بينه وبين المسلم

قال وإن لم يقدر له مدة فالمعتبر الحول . قال في الفتح . وليس يلزم أي لا يلزم من هذا أن قول الإمام له ذلك غير شرط فإنه يصدق بقوله له إن أقمت طويلا منعك من العود فإن أقام سنة منعه من العود ، وفي هذا اشتراط التقدم غير أنه لم يوقت له مدة خاصة ، والوجه أن لا يمنعه حتى يتقدم إليه اه وأقره في البحر والتهر . وحاصله : أن ما في المبسوط غير صريح في عدم الاشتراط ، فلا ينافي تصريح العتاني بالاشتراط ، وهو ما يشير إليه قول الهداية ، لأنه لما أقام سنة بغير تقدير الإمام الخ وبه يستغنى عن قول السعدية فعمل فيه روايتين فافهم ، وعليه فابتداء المدة من وقت التقدم لامن وقت الدخول (قوله ولا جزية عليه في حول المكث) لأنه إنما صار ذميا بعده فتجب في الحول الثاني حر (قوله إلا بشرط أخذها منه فيه) أي في الحول أي بأن قال له إن أقمت حولا أخذت منك الجزية فتح .

مطلب في أحكام المستأمن قبل أن يصير ذميا

(قوله وإذا صار ذميا يجرى القصاص الخ) أما قبل صبرورته ذميا فلا قصاص بقتله عمدا بل بالدية . قال في شرح السير : الأصل أنه يجب على الإمام نصرة المستأمنين ما داموا في دارنا . فكان حكمهم كأهل الدمة إلا أنه لا قصاص على مسلم أو ذمي يقتل مستأمن ، ويقتص من المستأمن بقتل مثله ، ويستزفه وارثه إن كان معه وذكر أيضا أن المستأمن في دارنا إذا ارتكب ما يوجب عقوبة لا يقام عليه إلا ما فيه حتى العبد من قصص ، أو حد قذف ، وعند أبي يوسف : يقام عليه كل ذلك إلا حد الحر كأهل الدمة ، ولو أسلم عبد المستأمن أحرع على بيعه ، ولم يترك يخرج به ولو دخل مع امرأته ومعهما أولاد صغار ، فأسلم أحدهما أو صار ذميا فالصغار مع له ، بخلاف الكبار ، ولو إنانا لانتباه التبعية باللوغ عن عقل ، ولا يصبر الصغير تبعاً لأجبه أو عمه أو جده ولو الأب ميتا في ظاهر الرواية . وفي رواية الحسن : يصبر مسلماً بإسلام جده ، والصحيح الأول ولو صار مسلماً بإسلام الجد الأدنى ، لصار مسلماً بإسلام الأعلى ، فيلزم الخنزير بالردة لكل كافر ، لأنهم أولاد آدم ونوح عليهما السلام ، ولو أسلم في دارنا وله أولاد صغار في دارهم لم يتبعوه إلا إذا أخرجوا إلى دارنا قبل موت أبيهم اه ملخصا ، وسند كرهه أن تبعية الصغير تثبت وإن كان ممن يعبر عن نفسه ، وذكر في موضع آخر أن المستأمن لو قتل مسلماً ولو عمدا أو قطع الطريق أو تجسس أخبارنا ، فبعث بها إليهم أوزنى بمسلمة أو ذمية كرها أو سرق لا ينتقض عهده اه ملخصا .

وحاصله : أن المستأمن في دارنا قبل أن يصير ذميا حكمه حكم الذي إلا في وجوب القصاص بقتله ، وعدم المؤاخلة بالعقوبات غير ما فيه حتى العبد ، وفي أخذ العاشر منه العشر ، وقدما قبل هذا الباب أنه التزم أمر المسلمين فيما يستقبل .

مطلب ما يؤخذ من النصارى زوار بيت المقدس لا يجوز

أقول : وعلى هذا فلا يحمل أخذ ماله بعقد فاسد ، بخلاف المسلم المستأمن في دار الحرب ، فإن له أخذ ماله برضاهم ، ولو ربيا أو قار لأن ماله مباح لنا إلا أن الغدر حرام . وما أخذ رضاهم ليس غدرا من المستأمن ، بخلاف المستأمن منهم في دارنا ، لأن دارنا محل إجراء الأحكام الشرعية فلا يحمل المسلم في دارنا أن يعقد مع المستأمن إلا ما يحل من العقود مع المسلمين ، ولا يجوز أن يؤخذ منه شيء لا يلزمه شرعا وإن جرت به العادة ، كالأذى يؤخذ مع زوار بيت المقدس كما قدمناه في باب العاشر عن الخير الرملي . وسيأتي تمامه في الجزية .

وبصم من المسلم قيمة خمره وخنزيره إذا أنقذه ونجى الدية عليه إذا قتله خطأ ويجب كف الأذى عنه

مطلب مهم فيما يفعله التجار من دفع ما يسمى سوكرة وتضمن الحربى ماهلك فى المركب

وبما قررناه يظهر جواب ماكثر السؤال عنه فى زماننا : وهو أنه جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركبا من حربى يدفعون له أجرته ، ويدفعون أيضا مالا معلوما لرجل حربى مقيم فى بلاده ، يسمى ذلك المال : سوكرة على أنه مهمل هلك من المال الذى فى المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره ، فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذه منهم . وله وكيل عنه مستأمن فى دارنا يقيم فى بلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان يقبض من التجار مال السوكرة وإذا هلك من الملم فى البحر شيء يؤدى ذلك المستأمن للتجار بدله تماما ، والذي يظهر لى : أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل المالك من ماله لأن هذا التزام مالا يلزم .

فإن قلت : إن المودع إذا أخذ أجره على الوديعة يضمنها إذا هلكت قلت ليست مسائلنا من هذا القبيل ، لأن المالك ليس فى يد صاحب السوكرة بل فى يد صاحب المركب ، وإن كان صاحب السوكرة هو صاحب المركب يكون أجيرا مشتركا قد أخذ أجره على الحفظ . وعلى الحمل ، وكل من المودع والأجير المشترك لا يضمن مالا يمكن الإحتراز عنه كالموت والغرق ونحو ذلك .

فإن قلت : سياتى قبيل باب كفالة الرجلين قال لآخر اسلك هذا الطريق ، فإنه آمن فسلك وأخذ ماله لم يضمن ولو قال : إن كان مخوفا وأخذ مالك فأنا ضامن ضمن وعله الشارح هناك بأنه ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصبا أى بخلاف الأولى ، فإنه لم ينص على الضمان بقوله فأنا ضامن ، وفى جامع الفصولين الأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار أو حصل الغرور فى ضمن المعاوضة أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور فيصار كقول الطحان لرب البر : أحمله فى الدلو فجعل فيه ، فذهب من النقب إلى الماء ، وكان الطحان عالما به يضمن ، إذ غره فى ضمن العقد وهو يقضى السلامة اهـ .

قلت : لا بد فى مسألة التفرير من أن يكون الغار عالما بالخطر كما يدل عليه مسألة الطحان المذكورة ، وأن يكون المغرور غير عالم إذا لاشك أن رب البر لو كان عالما ينقب الدلو يكون هو المضيع لما له باختياره ولفظ المغرور بنى عن ذلك لغة لما فى القاموس غره غرا وغرورا فهو مغرور وغرير خدعه وأطمعه بالباطل فاعتر هو اهـ ولا يخفى أن صاحب السوكرة لا يقصد تفرير التجار ، ولا يعلم بحصول الغرق هل يكون أم لا ، وأما الخطر من النصوص ، والقطاع فهو معلوم له ، وللتجار لأنهم لا يعطون مال السوكرة إلا عند شدة الخوف طمعا فى أخذ بدل المالك ، فلم تكن مسائلنا من هذا القبيل أيضا ، نعم : قد يكون للتاجر شريك حربى فى بلاد الحرب ، فيعقد شريكه هذا العقد مع صاحب السوكرة فى بلاده ، ويأخذ منه بدل المالك ، ويرسله إلى التاجر فالظاهر أن هذا يحل للتاجر أخذه لأن العقد الفاسد جرى بين حربيين فى بلاد الحرب ، وقد وصل إليه الملم برضاهم فلا مانع من أخذه ، وقد يكون التاجر فى بلاده ، فيعقد معهم هناك ، ويقبض البديل فى بلادنا أو بالعكس ، ولا شك أنه فى الأولى إن حصل بينهما خصام فى بلادنا لا تنقضى للتاجر بالبديل ، وإن لم يحصل خصام ودفع له البديل وكيه المستأمن هنا يحل له أخذه لأن العقد الذى صدر فى بلاده ، لا يحكم له فيكون قد أخذ مال حربى برضاه وأما فى صورة العكس بأن كان العقد فى بلادنا ، والقبض فى بلاده ، فالظاهر أنه لا يحل أخذه ، ولو برضا الحربى لا يثنائه على العقد الفاسد الصادر

(ونحرم غيبته كالمسلم) فتح .

وفيه : لو مات المستامن في دارنا وورثته ثمة وقف ماله لم ، وبأخذوه ببينة ولو من أهل الذمة فيخبر
ولا يقبل كتاب ملكهم (وإذا أراد الرجوع إلى دار الحرب بعد الحول) ولو لتجارة أو قضاء حاجة كما يفيد الإطلاق
نهر (منع) لأن عقد الذمة لا ينقض ، ومفاده منع الذي أيضا (كما) يمنع (لو وضع عليه الخراج) بأن ألزم به وأخذ منه

في بلاد الإسلام ، فيعتبر حكمه هذا مظهر في تحرر هذه المسألة فاغتنمه فإنك لا تحدد في غير هذا الكتاب
(قوله ونحرم غيبته كالمسلم) لأنه بعقد الذمة ؛ وجب له ما لنا فإذا حرمت غيبة المسلم حرمت عينه بل قالوا : إن علم
الذي أشد (قوله وبأخذوه ببينة) في بعض النسخ : وبأخذونه ، وهو المناسب لعدم ما يقتضي حذف النون (قوله
ولو من أهل الذمة الخ) قال في الفتح : فإن أقاموا ببينة من أهل الذمة قبالت استحسانا لأنهم لا يمكنهم بغيرها من أساليب
لأن أنسابهم في دار الحرب لا يعرفها المسلمون ، فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فرددوا لأنهم
وارثا غيرهم دفع إليهم المال ، وأخذ منهم كفيلا لما يظهر في المسأل من ذلك قبل هو قولنا لا قول أبي حنيفة ،
كما في المسلمين وقيل بل قولهم جميعا ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت أنه كتابه أه أي لأن شهادته وحد لا تنقل فكناه
بالأولى (قوله بعد الحول) أي بعد المدة التي عنها له الإمام حولا أو أقل أو أكثر (قوله كما يفيد الإصلاخ) كما
يجت في البحر ، وتبعه في النهر ، وهذا ظاهر إن خيف عدم عوده وإلا فلا كما يفيد التعادل الآتي (قوله لأن عقد
الذمة لا ينقض) لكونه خلفا عن الإسلام بحر ، وعبرة الزيلعي لأن في عوده ضررا بالمسلمين بعوده حربا علينا .
وبقوله في دار الحرب وقطع الجزية أه ولا يخفى أن المفهوم منه أن المراد بالعود للحاق بد رهم بلا رجوع (قوله
ومفاده منع الذي أيضا) كذا في النهر ، وهو مصرح به في الفتح حيث قال : وثبت أحكام الذي في حقه من منع
الخروج إلى دار الحرب الخ :

قلت : والمراد الخروج على وجه اللحاق بهم ، إذ لو خرج لتجارة مع أمن عوده عادة لا يمنع كالمسلم بقرينة
التعليل المارفتدبر . ثم رأيت في شرح السير الكبير أن الذي أوارد الدخول إليهم بأمان فإنه يمنع أن يدخل فوسايعه
أو سلاحا لأن الظاهر من حاله أنه يبيعه منهم ، بخلاف المسلم إلا أن يكون هروفا بقداوتهم ، ولا يمنع من الدخول
بشجارة على البغال والحمير والسفن لأنه للحمل لكن يستحلف أنه لم يرد بيع ذلك منهم (قوله كما يمنع) الأولى
أن يقول كما يصير ذميا ، كما قاله الإمام محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير : إذا دخل الحرب دار الإسلام بأمان
داشترى أرض خراج ، فوضع عليه الخراج فيها كان ذميا أه قال السرخسي : فيوضع عليه خراج رأسه ، ولا يترك
أن يخرج إلى داره لأن خراج الأرض لا يجب إلا على من هو من أهل دار الإسلام فكان ذميا وفي الهداية وإذا لزمه
خراج الأرض ، فبعد ذلك تلزم الجزية لسنة مستقلة لأنه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه
(قوله بأن ألزم به وأخذ منه) الظاهر أن المراد بالأخذ استحقاق الأخذ منه ، وهو معنى الوضع عليه في عبارة
الإمام محمد ، فليس المراد به الأخذ بالفعل بل هو تأكيد لرد ما قيل إنه يصير ذميا بمجرد التراء ، وهو خلاف
ظاهر الرواية ، لأنه قد يشتربها للتجارة قال في الفتح : والمراد بوضعه إلزامه به وأخذ منه عند حاول وقته ،
وهو بمباشرة السبب ، وهو زراعتها أو تعطيلها مع التمكن منها إذا كانت في ملكه أو زراعتها بالإجارة وهي في ملك
غيره إذا كان خراج مقاسمة ، فإنه يؤخذ منه لأن المالك فيصير به ذميا بخلاف ما إذا كان على المالك أه أي بأن كان
خراجا موظفا أي دراهم معلومة ، فإنه على مالك الأرض ، فلا يصير به المستأجر ذميا لأنه لا يؤخذ منه أما خراج
المقاسمة : وهو ما يكون جزءا من الخارج كنصفه أو ثلثه فإنه يؤخذ من المستأجر : لكن هذا على قولها ، أما على

عند حلول وقته لأن خراج الأرض كخراج الرأس (أو صار لها) أي المستأنة الكتابية (زوج مسلم أو ذی) لتبعيتها له وإن لم يدخل بها (لأعكسه) لإمكان طلاقها، ولو نكحها هنا قطا بجه بجهها فلها منه من الرجوع تارخانية. فلو لم يف حتى مضى حول ينبغي صبرورته ذيا على مامر عن الدور ومنه علم حكم الدين الحادث في دارنا (فإن رجع) المستأمن (اليهم) ولو لمير داره (حل دمه) لبطان أمانه (فإن ترك ودبعة عند معصوم) مسلم أو ذی (أو دينا) عليهما (فأسر أو ظهر) بالبناء للمجهول بمعنى غاب (عليهم فأخلوه أو قتلوه سقط دينه) وشلمه وما غصب منه وأجرة عين أجراها لسبق يده (وصار ماله) كوديعته وما عند شريكه ومضاربه وما في يفته في دارنا (فيثا).

واختلف في الرهن. ورجح في النهر أنه للمرتن بدينه. وفي السراج: لو بعث من يأخذ الوديعه والقرض

قوله فإن الخراج مطلقا على المالك، وكذا الخلاف في العشر، وقد صرح بذلك السرخسي، وهو الموافق لما تقدم في باب العشر، وقد منّا ترجيح قول الإمام هناك في إطلاق الفتح نظر لإيهامه أن ذلك متفق عليه. عندنا ولم يذبه على ذلك في البحر والنهر فتدبر (قوله كخراج الرأس) أي في أنه إذا التزمه صار ملتزما للمقام في دارنا بحر (قوله أو صار لها النخ) أي تصير ذمية بذلك وظاهره أن النكاح حادث بعد دخولها دارنا، وليس بشرط، فإنها لو دخلت دارنا ثم صار الزوج مسلما أو ذميا، فهو كذلك كما أفاده في البحر، وقيد بالكتابية، لأنها لو كانت مجوسية وأسلم زوجها يعرض القاضي عليها الإسلام، فإن أسلمت وإلا فرق بينهما، ولما أن ترجع بعد انقضاء علتها كما في شرح السير (قوله لتبعيتها) المراد بالتبعية كونها التزمت المقام معه كما في البحر، وهذا شامل للزوج المسلم والذی فافهم (قوله وإن لم يدخل بها) فالشرط مجرد عقده عليها كما أشار إليه الزيلعي بحر (قوله لأعكسه) أي لا يصير المستأمن ذميا إذا نكح ذمية، لأنه يمكنه طلاقها ف يرجع إلى بلده فلم يكن ملتزما المقام، وكذا لو دخلت بأمان فأسلمت بحر وما في الهداية في آخر كتاب الطلاق من أنه يصير ذميا بالزوج في دارنا غلط من الكاتب مخالف للنسخة الأصلية أماده في النهر (قوله على مامر عن الدور) أي من أنه لا يشترط قول الإمام إن قت سنة وضعت عليك الجزية (قوله ومنه النخ) أي من حكم المهر علم حكم غيره من الدين فإن للدائن منه من الرجوع أيضا فإذا منعه ومضى حول صار ذميا (قوله فإن رجع المستأمن) ظاهره أنه لا فرق بين كونه قل الحكم بكونه ذميا، أو بعده، لأن الذی إذا لحق بدار الحرب صار حربيا كما سيأتي بحر (قوله فأسر) أي من غير ظهور على دارهم بأن وجده مسلم فأسره (قوله بمعنى غلب) الأولى تأخير عن قوله عليهم لقول المغرب ظهر عليه غلب (قوله فأخلوه) احتراز عما لو هرب كما يأتي (قوله سقط دينه) لأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة، وقد سقطت، ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة فيختص به فيسقط ولا طريق لجعله فيثا لأنه الذي يؤخذ قهرا، ولا يتصور ذلك في الدين نهر، وهذا معنى قوله الآتي لسبق يده فهو حلة للسكن (قوله وسلمه) أي لو أسلم إلى مسلم دراهم على شيء (قوله وما غصب منه) ذكره في البحر بحثا، وبني عليه في النهر السلم والأجرة (قوله وصار ماله) أفاد أن الدين ليس ماله لأنه ملك المديون، ولذا لا حق المطالبة به، ليستوفي مثله لا عينه (قوله كوديعته) أي عند مسلم أو ذی ملقى قال ط وكذا غيره بالأولى وفي البحر: وإنما صارت وديعته غنيمة لأنها في يده تقديرا لأن بد المودع كبده فيصير فيثا تبعا لنفسه، وإذا صار ماله غنيمة لا خمس فيه وإنما يصرف كما يصرف الخراج، والجزية لأنه مأخوذ بقوة المسلمين بلا قتال بخلاف الغنيمة (قوله واختلف في الرهن) فتد أبي يوسف للمرتن بدينه وهند محمد بياح ويسوف دينه والزيادة في المساهدين وينبغي ترجيحه لأن ما زاد على قدر الدين في حكم الوديعه بحر ووده في النهر بأن تقديم قول أبي يوسف يؤذن بترجيحه

وجب التسليم إليه انتهى . وعليه فيوفى منه دينه هنا ولو صارت وديعته فينا (وإن قتل أو مات فقط) بلا غلبة عليه .
(فديته وقرضه ووديعة لورثته) لأن نفسه لم تنصر معنومة فكذلك ماله ، كما أو ظهر عليه فهرب فإله له (حرى هنا
له نعمة عرس وأولاد ووديعة مع معصوم وغيره فأسلم) هنا أو صار دميأ (ثم ظهرنا عليهم فكذلك) . اعلم يده
وولايته ، ولو سبي طفله إلينا فهو قن مسلم (وإن أسلم نعمة فجاء) هنا (فظهرنا عليهم فطفله حر مسلم)

وهذا لأن الوديعة إنما كانت فينا لما مرأته في يده حكما ولا كذلك الرهن اه واجب الحموى بأنه على تسليم أن التسليم
يفيد الترجيح دائما فيفيد أرجحية الأول فيها إذا كان الرهن قدر الدين ، أما الزيادة فقد صرحوا في كتاب الرهن بأنها
أمانة غير مضمونة وكذا قال ح : الحق ما في البحر وذكر نحو ذلك (قوله وجب التسليم إليه) لأن ماله لا يصير فينا
إلا بأسره أو بقتله ولم يوجد أحدهما ط (قوله وعليه) أى على ما ذكر من وجوب التسليم . ووجه انباء أن طاب
غيره كطابه بوكيله ، أو رسوله . وهذه المسألة ذكرها في البحر عفا فقل : ولم أر حكا ما إذا كان على المستأمن دين لمسلم
أو ذى أدانه له في دارنا ثم رجع ، ولا يخفى أنه باق لبقاء المطالبة . وبغني أن يوفى من ماله المتروك : ولو سارت
وديعة فينا ولا يخفى أن فيها ذكره الشارح تبعا لأثره من بناء المسألة على ما قبلها تقوية البحث . وقد علمت وجهه
وقال في البحر ، فإن كانت الوديعة من غير جنس الدين باعها القاضى ووفى منها وقد أفتيت بذلك اه (قوله فإله له)
وكذا دينه ويلزم من ذلك أنه لو أرسل من يأخذه وجب تسليمه كما لا يخفى (قوله له نعمة) أى في دار الحرب عرس
بالكسر أى زوجة (قوله وأولاد) أى ولو صفارا لأن الصغير إنما يتبع أباه في الإسلام عند اتحاد الدار بحر .
أى ولو حكما في شرح التحرير ، وكذا يبقعه إذا كان المتنوع في دار الحرب ، والتابع في دار الإسلام اه أى
لأن المسلم في دار الحرب من أهل دارنا .

مطلب مهم الصبي يتبع أحد أبويه في الإسلام وإن كان يعقل ما لم يبلغ وخلافه خطأ

[تنبيه] في شرح السير الكبير لو دخل الصغير الذى يعبر عن نفسه دارنا لزيارة أبويه فإن كانا دميأ .
الرجوع إلى دار الحرب بخلاف ما إذا كانا مسلمين أو أحدهما فإنه يصير مسلما تبعا للمسلم منهما لأن الذى يمر
عن نفسه في حكم التبعية في الإسلام كالذى لا يعبر عن نفسه قال وبهذا تبين خطأ من يقول من أصحابنا إن الذى
لا يعبر (١) عن نفسه لا يصير مسلما تبعا لأبويه فقد نص محمد هاهنا على أنه يصير مسلما اه .

والحاصل : أنه تنقطع تبعية الولد في الإسلام لأحد أبويه ببلوغه عاقلا كما صرح به السرخسى قل ذلك .
وقتضاه أنه لو بلغ مجنونا تبى التبعية ، وبه ظهر ما في فتاوى العلامة ابن الشامي من أن الصبي إذا عقل لا يصير
مسلم باسلام أحد أبويه ، فقد علمت أن هذا القول خطأ ، وقد نبهنا على ذلك في باب نكاح الكافر ، وفي
باب الجنائز عند قوله كصبي سبي مع أحد أبويه ، وبقي ما لو ادعى الابن البالغ ، وبرهن وادعى أبوه أنه قاصر
وبرهن أيضا بره القاضى أهل الخبرة ، وأما لو كانت الدعوى بعد مضي مدة تقدم بينة الأب لأنه قاصر . ليجعل
الابن مسلما كما أفق به الرجس ، وأطال في تحقيقه في فتاواه في أواخر كتاب الدعوى (قوله ثم ظهرنا عليهم)
أى على دارهم (قوله فكاه) أى كل ما ذكر من عرسه وما بعدها (قوله ولو سبي طفله الخ) قال في البحر : ولو
سبي الصبي في هذه المسألة وصار في دار الإسلام ، فهو مسلم تبعا لأبيه ، لأنهما اجتماعا في دار واحدة ، بخلاف
ما قبل إخراجها وهو في كل حال اه لكن في الزمية قوله : ولو سبي أى مع أمه فإنه لو سبي بدونها لا يظهر

(١) قوله (لا يعبر) لعلنا لا نألفه كما لا يخفى اه تابعى اه منه .

لأنه الدار (ووديعته مع معصوم له) لأن يده كيدته محترمة (وغيره في) ولو عينا عصمها مسلم لعدم النيابة فتح (وللايمام) حق (أخذ دية مسلم لا ولي له) أصلا (و) دية (مستأن أسلم هنا من عاقلة قاتله خطأ) لقتله نفسا معصومة (وفي العمد له القتل) قصاصا (أو الدية) صلحا (للاعوان) نظرا لحق العامة (حربي أو مرتد أو من وجب عليه قود التجا بالحرم لا يقتل بل يحبس عند الغذاء ليخرج فيقتل) لأن من دخله فهو آمن بالنص وسيجي في الجنايات (لانتصير دار الإسلام دار حرب إلا) بأمر ثلاثة :

فدنة التبعية لأب ، فإنه يحكم بإسلامه بتبعية الدار على ، أمر في كتاب الصلاة اه أي في فصل الجنايات (قوله لانتعاد الدار) لأنه لما أسلم في دار الحرب تبعه طفاه دور . فالمراد بالدار دار الحرب فافهم ، وذلك لأن ما ثبت يكون نائيا ما لم يرحل ، وثمة لو لم - لم يل بحث إلى الإمام إلى دمة لكم أقيم في دار الحرب ، وأبث بالشرح كل سنة جار . ويكون الأب أحق به لما قلنا لأن الذي للأب باقهر ، وكذا لو أسلم الأب في دارنا أو دار دينا . ثم رجع حتى ظهرنا على دارهم تبعه طفله ولما سبل عليه وتماه في شرح السير (قوله وغيره) أي غير ما ذكر من الطائفتين مع معصوم وهو أولاده الكبار وعمره وعقاره ووديعته مع حربي دور (قوله لعدم النيابة) أي نيابة الغائب عنه (قوله والإمام حتى أخذ دية الخ) زاد لفظ : حتى إشارة إلى ما في البحر من أن أخذه الدية ليس لنفسه ، بل ليعضها في بيت المال ، وهو المقصود من ذكرها هنا ، وإلا فحكم القتل الخطأ بعدمه . وقد لم يحس على الكفارة لما سيأتي في الجنايات (قوله ودية مستأن أسلم هنا) أما إذا لم يكن مستأنا أو لم يله لاشئ على قتاله كما في شرح مسكين ، وتقدم قبيل هذا الفصل الواسع في دار الحرب فقتله مسلم (قوله له فقتل قصاصا) لأن الدية وإن كانت أرفع للمسلمين من قتله لكن قد تعود عليهم من قتله منفعة أخرى وهي أن يرحل أمته عن قتل المسلمين بحر (قوله أو الدية صلحا) أي رضا القاتل . لأن موجب العمد هو القود بحر . وحاصله : أن للإمام أن يقتل أو يصلح على الدية إن رضى القاتل بالصالح والظاهر أنه ليس له الصالح على أقل من الدية . كما يفيد التعليل الآتي إلا إذا لم يمكن إثبات القتل عليه كما في وصي اليتيم تأمل . قال في الشرنبلالية وهو إذا طلب الإمام الدية يقاب القصاص . ألا كما في الوفاء فيلنظر اه .

قتل الظاهر . نعم لقول الفتح ، وإنما كان للسلطان ذلك أي القتل أو الصالح لأنه هو ولي المقتول قال عليه الصلاة والسلام : السلطان ولي من لا ولي له . اه (قوله نظرا لحق العامة) فإن ولايته عليهم نظرية ، وليس من العذر استنات حقتهم بلا عوض ففتح . وفيه أيضا أنه أو كان المقتول لقيطا للإمام أن يقتل القاتل عندها خلافا لآي بوسم . وتماه فيه (قوله أو من وجب عليه قود) أي في النفس ، أما فيما دونها فيقتص منه في الحرم إجماعا ذكره الشارح في الجنايات ط (قوله التجا بالحرم) أفاد أنه لم ينفى القتل فيه : فلو أنشأه فيه قتل فيه إجماعا ولو قتل في البيت لا يقتل فيه ذكره الشارح في الجنايات ، و شرح السير : لو كانوا جماعة دخلوا الحرم للقتال فلا بأس أن تقتلهم لقوله تعالى - حتى يقتلواكم فيه - لأن حرمة الحرم لا تنزلنا بحمل أذاهم كالصيد إذا صال على إساد في الحرم . جاز قتله دعما لأذاه ولو قاتلوا في غيره ، ثم انتهزوا ودخلوا فيه لانتعرض لهم إلا إذا كانت لهم فدية في الحرم . وسارت لهم منعة لأن الماتجى إلى فنة محارب وجميع ، إذ ذكر في أهل الحرب هو كذلك في الخوارج والبقاة اه .

مطلب فيما تصير به دار الإسلام دار حرب وبالعكس

(قوله لانتصير دار الإسلام دار حرب الخ) أي بأن يغلب أهل الحرب على دار من دورنا أو ارتد أهل مصر وغلبوا وأجروا أحكام الكفر أو نقض أهل الذمة العهد . وتغلبوا على دارهم . فكل من هذه الصور لانتصير

(یہاں احکام اہل الشریک ، وبتاتصالہا بدار الحرب ، وبأن لا یبقی فیہا مسلم أو ذی آمنہ بالأمان الأول) علی نفسہ (ودار الحرب تصیر دار الإسلام بإجراء أحكام أهل الإسلام فیہا) کجمعة وعید (وإن بقی فیہا کافر أصلی وإن لم تتصل بدار الإسلام) دور ، وهذا ثابت فی نسخ المن ساقط من نسخ الشرح فکأنہ ترکہ لخیء بعضہ ووضوح باقیہ .

باب العشر والخراج والجزية

دار حرب ، إلا بهذه الشروط الثلاثة وقال : بشرط واحد لا غیر وهو إظهار حکم الکفر وهو القیاس ہدیہ ، ویتمتع علی کونها صارت دار حرب أن الحدود والقود لا یجری فیہا وأن الأسیر المسلم یجوز لہ التعرض لہا دون الفرج ، وتنعکس الأحکام إذا صارت دار الحرب دار الإسلام فأملاً طوفی شرح دور البحر قد بعض المتأخرین : إذا تحققت تلك الأمور الثلاثة فی مصر المسلمین ، ثم حصل لأهلہ الأمان ، یصیب فیہ قس منہ ینفذ احکام المسلمین عاد إلى دار الإسلام فن ظفر من المالك الأقدمین شیء من مالہ بمیہ ، فهو لہ بلا شیء ، ومن ظفر بہ بعد ما باعہ مسلم أو کافر من مسلم ، أو ذی أخذہ باليمن إن شاء ومن ظفر بہ بعد ما وھدہ مسلم ، أو ذی برہ لمسلم أو ذی وسلمہ إلیہ أخذہ بالقیعة إن شاء اھ .

قلت : حاصلہ أنه لما صار دار حرب صار فی حکم ما استولوا علیہ فی دارہم (قوة إخراج احکام الشریک) الشریک) أى علی الاشہار وأن لا یحکم فیہا بحکم أهل الإسلام ہندیہ . وضاہرہ أنه لو أخرج احکام الشریک وأحكام أهل الشریک لانکون دار حرب ط (قوله وبتاتصالہا بدار الحرب) بأن لا یتخیل إیہما سدة من بلاد الإسلام ہندیہ ط وضاہرہ أن البحر ریس فاصلاً ، دل قدمنا فی باب استیلاء الکفار أن بحر المبحر ملحق بدار الحرب ، خلافاً لما فی فتاوی قاری المہدایہ .

قلت : وبهذا ظهر أن ما فی الشام من جبل تبحر اللہ المسمى بجبل الدروز وبعض البلاد التابعة کما فی دار الإسلام . لأنها وإن كانت لما حکام دروز أو نصاری ، ولم قذاة علی دینہم وبعضہم یعلنون بشتن الإسلام وبتسبیح لکنہم تحت حکم ولایة أمورنا وبلاد الإسلام محیطہ ببلادہم من کل جانب وإذا أرادوا الأمر نہذ احکامنا فیہم نفذا (قوله بالأمان الأول) أى اللہی کان ثابتاً قبل استیلاء الکفار للمسلم بإسلامہ وللدیہ عقیدۃ ہندیہ ط .

[نقمة] ذکر فی أول جامع الفصولین کل مصر فیہ وال مسلم من جهة الکفار ، یجوز منہ إقامة الجمع والأعیاد وأخذ الخراج وتقلید القضاء وتزویج الأبیای لاستیلاء المسلم علیہم وأما طاعة الکفرة فیہی ، وادعة ومخادعة وأما فی بلاد علیہا ولایة کفار فیجوز للمسلمین إقامة الجمع والأعیاد ، ویصیر القاصی قاضیا بتراضی المسلمین ویجب علیہم طلب وال مسلم اھ وقدمنا نمحو فی باب الجمعة عن البرازیة (قوله وهذا) أى قوله حرری أو مرتد إلى آخر الباب وقوله لخیء بعضہ أى المسألة الأولى لأنها ستجری فی الجنایات وقوله ووضوح باقیہ أى مسألة الدار وفی وضوحها نظر واللہ سبحانہ اعلم .

باب العشر والخراج والجزية

شروع فیہا علی المستامن فی أرضہ من الوظائف المالیة إذا صار ذمیاً بعد الفراع عما بہ یصیر ذمیاً وذاکر العشر معہ تسمیاً لوظيفۃ الأرض وقدمہ لما فیہ من معنی العبادة نہر والحق بہ الجزیة لأن المصروف واحد

(أرض العرب) وهي من حد الشام والكوفة إلى أقصى اليمن (وما أسلم أهل) طوعاً (أو فتح عنوة) وقسم بين جيشنا والبصرة) أيضاً بإجماع الصحابة (عشرية) لأنه ألق بالمسلم، وكذا بستان مسلم أو كرمه كان داره دور ومر في باب العاشر بأتم من هذا وحررناه في شرح المتن (وسواد) قرى (العراق وحده من العذيب) بضم ففتح

(قوله أرض العرب) في مختصر نفوس البلدان جزيرة العرب خمسة أقسام: تهامة، نجد، وحجاز، وعروض، ويمن فاما تهامة فهي الناحية الجنوبية من الحجاز، وأما نجد فهي الناحية التي بين الحجاز والعراق، وأما الحجاز فهو جبل يقبل من اليمن حتى يتصل بالشام، وفيه المدينة ودمان، وأما العروض فهو الناحية إلى البحرين، وأما سمي الحجاز حجازاً لأنه حجز بين نجد واليمامة قال الواقدي: الحجاز من المدينة إلى تبوك، ومن المدينة إلى طريق الكوفة، وما وراء ذلك إلى أن يشارف البصرة، فهو نجد ومن المدينة إلى طريق مكة إلى أن يبلغ هبط العرج حجاز أيضاً وما وراء ذلك إلى مكة وجدة فهو تهامة وما كان بين العراق وبين وجرة وغمره الطائف فهو نجد وما وراء وحة إلى البحر فهو تهامة وما بين تهامة ونجد فهو حجاز اه (قوله وهي من حد الشام) نظم بعضهم حدها طولاً وعرضاً بقوله:

جزيرة هذه الأعراب حدث بحمد علمه للحشر باقي
فأما الطول عند محققه فمن عدن إلى ريو العراق
وساحل جدة إن سرت عرضاً إلى أرض الشام بالانفاق

(قوله وما أسلم أهل) أي والأرض التي أسلم أهلها وذكر الضمير هنا وفيما سيأتي مراعاة للفظ مانهر (قوله عنوة) بالفتح قال الفارابي: وهو من الأضداد يطلق على الطاعة والقهر وهو المراد هنا نهر (قوله وقسم بين جيشنا) احتز به عما إذا قسم بين قوم كافرين غير أهل، فإنه خراجي كما في التنف، ولو قال: بيننا لشمل ما إذا قسم بين المسلمين غير الفاتحين، فإنه عشري لأن الخراج لا يؤخذ على المسلم ابتداء ذكره القهستاني دور متنى (قوله والبصرة أيضاً) والقياس أن تكون خراجية عند أبي يوسف لأنها بقرب أرض الخراج، لكنه ترك القياس بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم دور متنى وغيره.

وخاصله: أنه سيأتي أن ما أحياء مسلم يعتبر قرية عند أبي يوسف وعند محمد يعتبر الماء والمعتمد الأول والبصرة أحياء المسلمون، لأنها بنيت في أيام عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وهي في حيز أرض الخراج فقياس قول أبي يوسف أن تكون خراجية (قوله لأنه ألق بالمسلم) أي لما فيه من معنى العباداة وكذا هو أعنف حيث يتعلق بنفس الخراج، وهذا حال لما أسلم أهل أو قسم بين جيشنا، وأما أرض العرب فلأنهم لم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم، ولا عن أحد من الخلفاء أخذ خراج من أراضيهم، وكما لا ريب عليهم لخارج على أراضيهم نهر وتمامه في الفتح (قوله وحررناه في شرح المتن) نصه وفي دار جعلت بستاناً خراج إن كانت لدى مطلقاً خلافاً لما أول مسلم سقاها بمائه أي الخراج، وإن سقاها بماء العشر فعشر، ولو أن المسلم أو الذي سقاها مرة بماء العشر ومرة بماء الخراج، فالمسلم أحق بالعشر والذي بالخراج كما في المراجع. واستشكل الباقي وجوب الخراج على المسلم ابتداء فيما إذا سقاها بماء الخراج، بل عليه العشر بكل حال وفي الغاية عن السرخسي وهو الأظهر، وأجاب في البحر بأن المنوع وضع في الخراج عليه جبر أما باختياره فيجوز كما هنا وكما لو أحياء مواثيلاً الإمام، وسقاها بماء الخراج فعليه الخراج اهـ وسيأتي الكلام على ماء العشر والخراج (قوله وسواد قرى العراق) أي عراق العرب دور. في القاموس: سواد البلد قراها وإنما سمي به لخضرة أشجاره وكثرة زروعه

قرية من قرى الكوفة (إلى عقبة حلوان) بن عمران بضم فسكون قرية بين بندگان وهزان (عرضا ومن الغلت) بفتح فسكون فثلاثة قرية شرق دجلة موقوفة على العلوية ، وما قيل من الثعلبية بفتح فسكون غلط مصنف عن المغرب (إلى عبادان) بالشديد حصن صغير بشط البحر في المثل ، ليس وراء عبادان قرية مستصفي (طولا) وبالأيام اثنان وعشرون يوما ونصف وعرضه عشرة أيام سراج (وما فتح عنوة و) لم يقسم بين جيشنا إلا مكة سواء (أقر أهله عليه) أو نقل إليه كفار آخر (أو فتح صلحا خراجية) لأنه ألقى بالكافر (وأرض السواد مملوكة

والعراق بالكسر اسم البصرة ، والكوفة وبندگان ونواحيها درمتمى وعليه فقول قرى بدل من سواد أو تفسير على إسقاط أى التفسيرية ، والاحتراز بعراق العرب عن عراق العجم ، وهو من الغرب أدريمان (١) ومن الجنوب شيء من العراق ، وخوزستان ومن الشرق مغازة خراسان وفارس ومن الشمال بلاد الديلم وقرى كما في تقويم البلدان (قوله قرية من قرى الكوفة) الذى في تقويم البلدان أنه ماء لبنى نجم وهو أول ماء يلقى الإنسان بالبادية إذا سار من قادسية الكوفة يريد مكة اه ولعله أراد بالقرية القادسية المذكورة ، وبؤيده أنه في تقويم البلدان جعلها الحد فإنه قال وامتداد العراق طولا شمالا وجنوبا من الحديثة على دجلة إلى عبادان وامتداده غرب غربا وشرقا من القادسية إلى حلوان (قوله بضم فسكون) أى بضم الحاء وسكون اللام (قوله من الثعلبية) بدل رأيه في غير الثعلبية بناء النسبة (قوله غلط) لأنها من منازل البادية بعد العذبة بكثير كما نقل عن دهرية العلى (قوله حصن صغير بشط البحر) أى بحر فارس ، وهو يدور بها فلا يبقى منها فى الأرض إلا قليل وهى عن مصر مرحلة ونصف كذا في تقويم البلدان (قوله وبالأيام الخ) قال في تقويم البلدان واساتر من كرب ، وهى إلى النهاية الشمالية للعراق إلى عبادان : وهى على النهاية الجنوبية له على تقويس الحد الشرقي مسافة ٢٠٠ وكذا من تكريت إلى عبادان إذا سار على تقويس الحد الغربي أعني من تكريت إلى الأبصار إلى واسط إلى البصرة إلى عبادان فيكون دور العراق مسافة شهرين وطوله على الاستقامة من تكريت إلى عبادان نحو عشرين مرحلة ومسرح العراق من القادسية إلى حلوان نحو إحدى عشرة مرحلة اه تأمل . وهذا تحديد العراق بتمامه وأما تحديد سواده فى البحر عن البنية عن شرح الوجيز : طول سواد العراق مائة وستون فرسخا وعرضه ثمانون فرسخا ومساحته ستة وثلاثون ألف ألف جريب اه (قوله الإمكة) فإنها وإن فتحت عنوة ، لكنها عشرية لأنها من جزيرة العرب كما مر (قوله سواء أقر أهله عليه الخ) أشار إلى أن قول المصنف تبعاً للكنز ، وأقر أهله عليه ليس بشرط في كونها خراجية بل الشرط عدم قسمتها ، صرح بذلك في شرح الطحاوى كما في البحر ، ولم يقيدها كونها خراجية بأن تسقى بماء الخراج لأنه لا فرق بينه وبين ما إذا سقيت بماء العشر كما إذا قسمت بين المسلمين ، فإنها عشرية ، وإن سقيت بماء الخراج ، وإنما التفصيل في الفرق بين ما يسقى بماء العشر أو بماء الخراج في الأرض النجاسة لسم التي لم تقسم ، ولم يقر أهلها عليها كما حققه في البحر تبعاً للفتح وغيره ويأتى بتمامه (قوله لأنه ألقى بالكافر) لأنه يشبه الجزية لما فيه من معنى العقوبة ولأن فيه تليظاً حيث يجب وإن لم يزرع بخلاف العشر لتعاقبه بعين الخراج بالأرض :

مطلب في أن أرض العراق والشام ومصر عنوة خراجية مملوكة لأهلها

(قوله وأرض السواد) أى سواد العراق أى قراه وكذلك كل ما فتح عنوة وأقر أهله عليه أو صلحوا ووضع الخراج على أراضيهم : فهى مملوكة لأهلها درمتمى قلت : وكذا أرض الشام ومصر فتحت عنوة على الصحيح

(١) قوله (أدريمان) هكذا خط بالهال المهلة وذكر ما فى المصباح و الألف مع اللام المجعدة وما يفتشها ، وذكر مبدأ سبطان أرضها فتح المدرة والراء وسكون الال بينهما وثلاثهما سم الهزة والال وإسكان الراء اه مصححه .

لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) هداية ، وعند الأئمة الثلاثة هي موقوفة على المسلمين فلم يجوز بيعهم ففتح (ويجب الخراج في أرض الوقف) إلا المشتراة من بيت المال إذا وقفها مشترها فلا عشر ولا خراج شرعية ليلية معزياً للبحر ، وكذا لو لم يوقفها كما ذكرته في شرح المتن (والصبي والمجنون لو) كانت الأرض (خراجية والعشر

وأقر أهلها عليها بالخراج فقد قال أبو يوسف في كتاب الخراج : وهذه الأرضون إذا قسمت فهي أرض عشر وإن تركها الإمام في أيدي أهلها الذين قهرها عليها فهو حسن فإن المسلمين افتتحوها أرض العراق والشام ومصر ، ولم يقسموا شيئاً من ذلك بل وضع عمر رضي الله عنه عليها الخراج ، وليس فيها خمس اهـ لمخصراً فقد أفاد أنها مملوكة لأهلها .

مطلب في جواز بيع الأراضى المصرية والشامية

(قوله ويجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) أى بالرهن والهبة ، لأن الإمام إذا فتح أرضاً حرة له أن يقر أهلها عليها ، ويضع عليها الخراج وعلى رؤوسهم الجزية فتبقى الأرض مملوكة لأهلها ، وقدمناه قبل باب قسمة الغنائم فتح قال في الدر المنثور : وتورث عنهم إلى أن لا يبقى منهم أحد فينتقل الملك لبيت المال الخ وبأنى تمامه (قوله ويجب خراج في أرض الوقف) لى الأرض الخراجية ، كما يأتي تفصيله في قوله لو خراجية الخ ، والحاصل : أن الأرض تبقى وظيفتها بعد الوقف كما كانت قبله .

مطلب أراضى الملكة والحوز لاعشرية ولا خراجية

(قوله فلا عشر ولا خراج) لم يذكر في البحر العشر وإعما قال بعد ماحق : أن الخراج ارتفع عن أراضى مصر ، لعودها إلى بيت المال بموت ملاكها قال : فإذا اشتراها إنسان من الإمام بشرطه شراء صحيحاً ملكها ، ولا خراج عليها ، فلا يجب عليه الخراج ، لأن الإمام قد أخذ البديل للمسلمين فإذا وقفها وقفها سائمة من المون ، فلا يجب الخراج فيها وقامه فيها كتبناه في التحفة المرضية في الأراضى المصرية اهـ . نعم ذكر العشر في تلك الرسالة فقال : له لا يجب أيضاً لأنه لم يرفعه نقلاً .

قلت . ولا يخفى ما فيه لأنهم قد صرحوا بأن فرضية العشر ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول ، وبأنه ركة الثمار والزرع وبأنه يجب في الأرض الغير الخراجية ، وبأنه يجب فيها لبس بعشرى ولا خراجى كالفواوز والجبال ، وبأن سبب وجوبه الأرض النامية بالخراج حقيقة ، بأنه يجب في أرض الصبي والمجنون والمكاتب ، لأنه مؤنة الأرض ، وبأن الملك غير شرط فيه بل الشرط ملك الخراج ، فيجب في الأراضى الموقوفة لعموم قوله تعالى - أنفقوا من طيبات ما كنتم - وما أخرجنا لكم من الأرض - وقوله تعالى - وآتوا حقه يوم حصاده - وقوله صلى الله عليه وسلم « ما سقت السماء ففيه العشر وما سقى بقر أو دالية ففيه نصف العشر » ولأن العشر يجب في الخراج لافى الأرض ، فكان ملك الأرض وعدمه سواء كما في البدائع : ولا شك أن هذه الأرض المشتراة وجد فيها سبب الوجوب وهو الأرض الثابتة وشرطه وهو ملك الخراج ، ودليله وهو ما ذكرنا وقول المتن : يجب العشر في مسقى سماء وسبغ الخ فالقول بعدم الوجوب في خصوص هذه الأرض يحتاج إلى دليل خاص ، ونقل صريح ولا يلزم من سقوط الخراج المتعلق بالأرض سقوط العشر المتعلق بالخراج على أنه قد ينازع في سقوط الخراج ، حيث كانت من أرض الخراج أو سقيت بمائه بدليل أن الغازى الذى اغتسل له الإمام داراً لاشئ عليه فيها فإذا جعلها بستاناً وسقاها بماء العشر ، فعليه العشر أو بماء الخراج فعليه الخراج كما يأتي مع أن الواقع الآن في كثير من القرى أو المزارع الموقوفة أنه يؤخذ منها للمبرى النصف أو الربع ، أو العشر وقد نهى على ذلك في باب العشر من كتاب الزكاة (قوله لو كانت الأرض خراجية) شرط لقوله ويجب الخراج وقوله والعشر

او عشرة) در و مر فی الزکاة وقالوا اراضی الشام و مصر خراجیة و فی الفتح المأخوذ الآن من اراضی مصر أجرة لاخراج ،

عطف علی الخراج (قوله وقالوا الخ) هو مصرح به فی الهدایة و غيرها .
والحاصل : الاتفاق علی أنها خراجیة وإنما اختلف العلماء فی أنها فتحت عنوة ، أو صلحا ولا یؤثر فی كونها خراجیة لأنها تكون خراجیة إذا لم یسلم أهلها سواء فتحت عنوة ، ومن علی أهلها بها أو صلحا . ووضع صمیم الجزیة كما مر آنفا .

مطلب لاشیء علی زراع الأراضی السلطانیة من عشر أو خراج سوى الأجرة

(قوله المأخوذ الآن من اراضی مصر أجرة لاخراج) وكذا اراضی الشام كما یأتی عن مصر لله الروی ، وقال فی الدر المنقذ فیؤجرها الإمام ، ویاخذ جمیع الأجرة لیبیت المال ، كدار صارت لیبیت المال . واحتار استقص استغلاها وإن اختار بیعها فاه ذلك إما مطلقا أو لحاجة فثبت أن بیع الأراضی المصریة وكذا الشامیة صحیح وظهر إما من مالکها (۱) أو من السلطان فإن كان من مالکها انتقلت بخراجها ، وإن من السلطان فإن لعجز مالکها عن زراعتها فكذلك ، وإن لموت مالکها فقدسنا أنها صارت لیبیت المال وإن اخرج سقط عنها وإذا باعها الإمام لایجب علی المشتري خراج سواء وقفها أو أبقاها .

قلت : وهذا نوع ثالث یعنی لأعشریة ولا خراجیة من الأراضی تسمى أرض المملکة . وأراضی الخور ، وهو من مات أربابه بلا وارث وآل لیبیت المال أو فتح عنوة ، وأتی للمسلمین إلى یوم القیامة وحکمه علی ماوی التارخانیة أنه ینجز للإمام دفعه للزراع بأحد طریقین إما بإقامتهم مقام الملاك فی الزراعة وإعطاء الخراج ، وأما بإجارتها لم یقدر الخراج . فیکون المأخوذ فی حق الإمام خراجا ، ثم إن کان دراهم فهو خراج موطف ، ویر کان بعض الخراج فخراج مقاسة وأما فی حق الإكراه فأجرة لا غیر ولا خراج فلما دل الدلیل علی عدم لزوم المؤننین العشر والخراج فی اراضی المملکة والخوز کان المأخوذ منها أجرة لا غیر اه ما فی الدرر المنقذ ملخصا .

مطلب لاشیء علی الفلاح لو عطلها ولو ترکها لایجبر علیها

قلت : فعلى هذا لاشیء علی زراعتها من عشر أو خراج إلا علی قولها بأن العشر علی المستأجر كما مر فی بابہ علی أنك علمت أن المأخوذ لیس أجرة من کل وجه ، بل هو فی حق الإمام خراج ، ولا ینتمع عشر مع خراج تأمل ثم رأیت فی الخیرة الزراع فی الأرض الوقف عامل بالحصة وهو كالمستأجر ، ولیس علیه خراج قال فی الإسماعیل وإذا دفع المتولی الأرض مزارعة فالخراج أو العشر من حصه أهل الوقف ، لأنها إجارة معنی ، وبمثله نقول : إذا كانت الأرض لیبیت المال ، وتدفع مزارعه للمزارعین ، فالمأخوذ منهم بدل إجارة لاخراج كما صرح به الکمال و غیره وما هو مصرح به أن خراج المقاسمة ، لا یلزم بالتعطیل ، فلا شیء علی الفلاح لو عطلها وهو غیر مستأجر لها ولا جبر علیه بسببها وبه علم أن بعض المزارعین إذا ترک الزراعة وسکن مصر فلا شیء علیه ، فما فعله الظلمة من الإصرار به حرام صرح به فی البحر والنهر اه ما خصا لکن إذا کان المأخوذ من المزارعین كالربع أو الثلث ، من القلة بدل إجارة كما مر ؛ یلزم أن یکون استئجار الأرض ببعض الخراج منها ، وهو فاسد لجهلته ، فما وجه الجواز هنا قال فی الدر المنقذ : والجواب ما قلنا إنه جعل فی حق الإمام خراجا و فی حق

(۱) قوله (إما من مالکها) أى الذى تملکها یدم الفتح أو عن ورثه أو من شراء منه أو من وادعه له .

الآثرى أنها ليست مملوكة للزراع كأنه موت المالكين شيئا فشيئا بلا وارث فصارت لبیت المال

الأكرة أجرة لضرورة عدم صحة الخراج حقيقة وحكما لما مر اه أى لعدم من يجب عليه بسبب موت أهلها ، وصبروتها لبیت المال .

قلت : لكن يمكن جعلها مزارعة كما مر في كلام الخيرية : وهى في معنى الإجارة لا إجارة حقيقة ، ولهذا قال في الفتح إن المأخوذ بدل إجارة .

مطلب القول لذی البد أن الأرض ملكه وإن كانت خراجية

ثم اعلم : أن أراضي بیت المال المسماة بأراضي المصلحة وأراضي الخوز إذا كانت في أيدي زراعتها لانتزع من أيديهم ماداموا يؤدون ماعليها ، ولا تورث عنهم إذا ماتوا ، ولا يصح بيعهم لها ولكن جرى الرسم في الدولة العثمانية أن من مات عن ابن انتقلت لابنه بجنا ، وإلا فلبیت المال ، ولو له بنت أو أخ لأب له أخذها بالإجارة الفاسدة وإن عطلها متصرف ثلاث سنين ، أو أكثر بحسب تفاوت الأرض تنزع منه وتدفع لآخر ، ولا يصح فراغ أحدهم عنها لآخر بلا إذن السلطان أو نائبه كما في شرح الملقى ، وتام الكلام على ذلك قد بسطنا في تنقيح الفتاوى الحامدية (قوله ألا ترى أنها ليست مملوكة للزراع الخ) هذا من كلام الفتح وأقره بالبحر .

قلت : لكن عدم ملك الزراع في الأراضي الشامية غير معلوم لنا إلا في نحو القرى والمزارع الموقوفة أو المعلوم كونها لبیت المال أما غيرها فزاعم يتوارثونها ، ويبعونها جيل بعد جيل ، وفي شفعة الفتاوى الخيرية : سئل في أخوة لهم أرض مغروسة ، ولرجل أرض مغروسة مجاورة لها ، وطريق الكل واحد باع الرجل أرضه هل لم أخذها بالشفعة ولا يمنع من ذلك كونها خراجية ؟ أجاب : نعم لم الأخذ بالشفعة ، وكونها خراجية لا يمنع ذلك إذا خراج لابن الملك في التنازخانية وكثير من كتب المذهب : وأرض الخراج مملوكة وكذلك أرض العشر يجوز بيعها وإيقافها وتكون ميراثا كسائر أملاكه ، فثبت فيها الشفعة ، وأما الأراضي التي حازها السلطان لبیت المال ويدفعها للناس مزارعة لا تباع فلا شفعة فيها فإذا ادعى واضع اليد الذي تلقاها شراء أو إرثا أو غيرهما من أسباب الملك أنها ملكه ، وأنه يؤدي حراجها ، فالقول له أو على من يتخاصمه في الملك البرهان إن صح دعواه عليه شرعا ، واستوفيت شروط الدعوى ، وإما ذكرت ذلك لكثرة وقوعه في بلدنا حرصا على نفع هذه الأمة بإفادة هذا الحكم الشرعى الذى يحتاج إليه كل حين والله تعالى أعلم اه مافى الخيرية .

ولا يخفى أنه كلام حسن جار على القواعد الفقهية وقد قالوا إن وضع اليد والتصرف من أقوى ما يستدل به على الملك ، ولذا تصح الشهادة بأنه ملكه ، وفي رسالة الخراج لأبى يوسف : وأما قوم من أهل الخراج ، أو الحرب بادوا فلم يبق منهم أحد ، وبقيت أرضهم معطلة ، ولا يعرف أنها في يد أحد ، ولا أن أحدا يدعى فيها دعوى ، وأخذها رجل فحرقها وقرس فيها ، وأدى عنها الخراج أو العشر ، فهي له وهذه الموات التي وصفت لك ، وليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف اه وقد مرنا عنه أيضا أن أرض العراق والشام ومصر عنوة خراجية تركت لأهلها الذين قهرها عليها ، وفي شرح السير الكبير للسرخسي : فإن صالحوهم على أراضيهم ، مثل أرض الشام مدائن وقرى ، فلا ينبغي للمسلمين أن يأخذوا شيئا من دورهم وأراضيهم ، ولا أن ينزلوا عليهم منازلهم ، لأنهم أهل عهد وصليح اه فإذا كانت مملوكة لأهلها فمن أين يقال إنها صارت لبیت المال باحتمال أن أهلها كلهم ماتوا بلا وارث فإن هذا الاحتمال لا يثبت الملك الذى كان ثابتا ، وقد سمعت التصريح في المتن تبعاً للهداية ، بأن أرض سواد العراق مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها ، وتصرفهم فيها ، وكذلك أرض مصر والشام كما سمعته ، وهذا على مذهبن ظاهر وكذا

عند من يقول إنها وقف على المسلمين فقد قال الإمام السبكي: أن الواقع في هذه البلاد الشامية والمصرية، أنها في أيدي المسلمين، فلا شك أنها لهم إما وقفاً، وهو الأظهر من جهة عمر رضى الله عنه وإما ملكاً، وإن لم يعرف من انتقل منه إلى بيت المال، فإن من يده شيء لم يعرف من انتقل إليه منه يبقى في يده، ولا يكلف بيعة ثم قال: ومن وجدنا يده أو ملكه مكاناً منها، فيحتمل أنه أحب، أو وصل إليه وصولاً صحيحاً اهـ.

مطلب ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يده أحد إلا بحق ثابت معروف

قال المحقق ابن حجر المكي في فتاواه الفقهية بعد نقله كلام السبكي: فهذا صريح في أننا نحكم لذوى الأملأ والأوقاف ببقاء أيديهم على ما هي عليه، ولا يضرنا كون أصل الأراضي ملكاً لبيت المال، أو وقفاً على المسلمين لأن كل أرض نظرنا إليها بخصوصها، لم يتحقق فيها أي من ذلك الوقف، ولا الملك. لاحتمال أنها كانت مواتاً وأحييت وعلى فرض تحقق أيها من بيت المال، فإن استمرار اليد عليها والتصرف فيها تصرف المالك في أملاكهم أو النظر فيها تحت أيديهم الأزمان المتطاولة قرآن ظاهرة، أو قطعية على اليد المبردة لعدم التعرض من هو تحت يده وعدم انتزاعها منه قال السبكي: ولو جوزنا الحكم برفع الموجود المحقق: أي وهو اليد بغير منه، بل بمجرد أصل مستصحب، لزم تسليط الظلمة على ما في أيدي الناس، ثم قال بن حجر بعد كلامه سويل: إذا تقرر ذلك بان لك وانضح انضاحاً لا يبق معه ريب أن الأراضي التي في أيدي الناس بمصر والشام واليهود انتقلها إليهم تقرر في أيدي أربابها، ولا يتعرض لهم فيها بشيء أصلاً، لأن الأئمة إذا قالوا في الكنائس المبنية للكفر إنها تبقى، ولا يتعرض لها عملاً بذلك الاحتمال الضعيف أي كونها كانت في رية، فارتفعت بها عمارة المصير فأولوا أن يقولوا ببقاء تلك الأراضي بيد من هي تحت أيديهم، باحتمال أنها كانت مواتاً فأحييت، أو أنها انتقلت إليهم بوجه صحيح اهـ.

مطلب فيما وقع من الملك الظاهر ببيزس من إرادته انتزاع العقارات

من ملاكها لبيت المال

وقد أطال رحمه الله تعالى في ذلك إطالة حسنة رداً على من أراد انتزاع أوقاف مصر وإقليمها، وإدخاله في بيت المال، بناء على أنها فتحت عنوة، وصارت لبيت المال، فلا يصح وقفها قال: وسبقه إلى ذلك الملك الظاهر ببيزس، فإنه أراد مطالبة ذوى العقارات بمسندات تشهد لهم بالملك، وإلا انتزاعها من أيديهم متعللاً بما تعلل به ذلك الظالم، فقام عليه شيخ الإسلام الإمام النووي رحمه الله تعالى. وأعلمه بأن ذلك غاية الجهل والعناد وأنه لا يعمل عند أحد من علماء المسلمين بل من في يده شيء فهو ملكه، لا يحل لأحد الاعتراض عليه، ولا يكاف لإبائه بيعة ولا زال النووي رحمه الله تعالى يشنع على السلطان، ويعظه إلى أن كف عن ذلك، فهذا الخبر الذي انفقت علماء المذاهب على قبول نقله والاعتراف بحقيقته وفضله نقل لإجماع العلماء على عدم المطالبة بمسند عملاً باليد الظاهر فيها أنها وضعت بحق اهـ.

قلت: فإذا كان مذهب هؤلاء الأعلام، أن الأراضي المصرية والشامية أصلها وقف على المسلمين، أو لبيت المال ومع ذلك لم يجوزوا مطالبة أحديهم شيئاً أنه ملكه بمسند يشهد له بناء على احتمال انتقاله إليه، بوجه صحيح فكيف يصح على مذهبينا بأنها مملوكة لأهلها أفروا عليها بالخراج، كما قبلناه أنه يقال إنها صارت لبيت المال، وليست مملوكة للزراع، لاحتمال موت المالكين لها شيئاً فشيئاً بلا وارث، فإن ذلك يؤدي إلى إبطال أوقافها وإبطال الموارث فيها

وعلى هذا فلا يصح بيع الإمام ، ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها لأنه كوكيل اليتيم فلا يجوز إلا للضرورة والعباد بالله تعالى زاد في البحر أو رغب في العقار بضعف قيمته

وتعدى الظلمة على أرباب الأيدي الثابتة المحققة في المدد المطاولة بلا معارض ، ولا منازع ، ووضع العشر أو الخراج عليها لا ينافي ملكيتها كآثار ، وهو صريح قول المصنف ، وغيره هنا أن أرض سواد العراق خراجية وأنها مملوكة لأهلها واحتمال موت أهلها ، بلا وارث لا يصلح حجة في إبطال اليد المثبتة للملك فإنه مجرد احتمال لم ينشأ عن دليل ، ومثله لا يعارض المحقق الثابت ، فإن الأصل بقاء الملكية واليد أقوى دليل عليها ، فلا نزول إلا بحجة ثابتة وإلا لزم أن يقال مثل ذلك في كل مملوك بظاهر اليد ، مع أنه لا يقول به أحد ، وقد سمعت نقل الإمام النووي الإجماع على عدم التعرض مع أن مذهبه أن تلك الأراضي في الأصل غير مملوكة لأهلها بل هي وقف ، أو ملك لبيت المال فعلى مذهبه بالأثرى وختم كون أهلها ماتوا بلا وارث بعد الإمام النووي بعد البعد ، وهذا ابن حجر المشكي بعد النووي بمئات من السنين وقد سمعت كلامه .

والخصل في الأراضي الشامية والمصرية ونحوها : أن ما علم منها كونه لبيت المال بوجه شرعى فحكمه ما ذكره شارح عن المفتع ، وما لم يعلم فهو ملك لأربابه والمأخوذ منه خراج لا أجرة ، لأنه خراجى في أصل الوضع ، فاعتمد هذا التحرير ، فإنه صريح الحق الذى بعض عليه بالنواجد ولما أطلقت في ذلك لأنى لم أر من يتعرض لذلك هنا بل تبعوا المحقق السكالم في ذلك والحق أحق أن يتبع ولعل مراد المحقق ومن تبعه الأراضي التى علم كونها لبيت المال والله تعالى أعلم .

مطلب في بيع السلطان وشرائه أراضى بيت المال

(قوله وعلى هذا) أى على كونها صارت لبيت المال (قوله من وكيل بيت المال) متعلق بشراؤه ، وهو من نصيب الإمام قبلها على بيت المال ، وأما البيع فيصح بيعه بنفسه ، بخلاف الشراء ، فإن وصى اليتيم لا يصح شراؤه مال اليتيم . قلنا قيد الشراء بكونه من الوكيل وفى الخاتمة والخلاصة : فإن أراد السلطان أن يأخذها لنفسه يبيعها من غيره ، ثم يشتري من المشتري اه وفى التجنيس : إذا أراد السلطان أن يشتريها لنفسه أمر غيره أن يبيعها من غيره ، ثم يشتريها لنفسه من المشتري ، لأن هذا أبعد من التهمة اه (قوله لأنه كوكيل اليتيم) أى كوصيه وصاه وكيلا مشاكلة (قوله فلا يجوز إلا للضرورة) أى بأن احتاج بيت المال ، لكن نازعه صاحب البحر فى رسالته بإطلاق ما مر أنفا عن الخاتمة والخلاصة فإنه يدل على جواز البيع للإمام مطلقا ، وبما فى التزلى من أن للإمام ولاية عامة ، وله أن يقصر فى مصالح المسلمين والاعتياض عن المشترك العام جائز من الإمام ، ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صح بيعه فقولوه شيئا لكثرة فى سياق الشرط يعم العقار وغيره لحاجة وغيره (قوله زاد فى البحر) أى زاد على قوله إلا للضرورة قوله أو رغب فى العقار الخ ، وعبر عن هذه الزيادة فى التحفة المرضية بقوله : أو مصلحة فافهمه .

قلت : وسند ذكر آخر الباب أن للإمام أن يقطع من بيت المال الأرض لمن يستحق ، وأن هذا تملك وقبض كما سنحققه ، وعلى هذا فيمكن شراؤها من المستحق .

على قول المتأخرين المقتضى به .

قلت : وسيجيء في باب الوصي جواز بيع عقار الصبي في سبع مسائل ، وأفنى مفتى دمشق فضل الله الرومي بأن غالب أراضينا سلطانية لانقراض ملاكها ، فأنت لبيت المال ، فتكون في يد زراعها كالعارية اه وفي النهر عن الواقعات : لو أراد السلطان شراءها لنفسه يأمر غيره ببيعها ثم يشتريها منه لنفسه انتهى ، وإذا لم يعرف الحال في الشراء من بيت المال فالأصل الصحة وبه عرف صحة وقف المشتراة من بيت المال وأن شروط الواقفين صحيحة

(قوله على قول المتأخرين) أى في وصي اليتيم أنه ليس له بيع العقار إلا في المسائل السبع الآتية وهو المقتضى به وعند المتقدمين له البيع مطلقا ، واختاره الاسبيجاني وصاحب الجمع وكثير كما في التحفة المرضية (قوله في سبع مسائل) ونصه وجاز بيعه عقار صغير من أجنبي ، لأن نفسه بضعف قيمته أو لنفقة الصغير ، أو دين الميت أو وصية مرسله لا إنفاذ لما إلا منه أو تكون غلته لا تزيد على مؤنته أو خوف خرابه أو نقصانه ، أو كونه في يد متعلب اه ح (قوله فضل الله الرومي) في بعض النسخ الرضى ولعله تحريف (قوله بأن غالب أراضينا) الظاهر أن المراد لأرضى الشامية ، ويحتمل أن يكون المراد الأراضي الرومية ، ويؤيد الأول مقدمناه عن الدر المنقي من قول وكذا الشامية حيث جعلها مثل المصرية ، وكان هذا مأخوذ من كلام الفتح المار وقد علمت ما فيه (قوله كالعارية) وجه الشبهة عدم تصرف من هي في يده تصرف الملاك من البيع ونحوه اه ح فلا يتأتى ما مر عن التارخاية من أن تكون في أيديهم بالأجرة بقدر الخراج ، وسيدكر الشارح أن من أقطعه السلطان أرضا فله إيجارها (قوله ثم يشتريها منه) يعنى في المشتري كما قدمنا النصريح به في عبارة التيجينيس ، وظاهر هذا أنه لا يشترط الضرورة في صحة البيع والشراء كما مر (قوله وإذا لم يعرف الحال في الشراء الخ) أى لم يعرف أنه شراء صحيح ، وجد فيه المسخ بشرعى بل سعى مامر عن الفتح من أنه لا يجوز إلا لضرورة (قوله فالأصل الصحة) محال لالحال المسلم على الكمال (قوله وبه عرف المصنف) هذا كله أيضا من كلام النهر ، وأصله لصاحب البحر .

مطلب في وقف الأراضي التي لبيت المال ومراعاة شروط الواقف

حاصله أن من اشترى أرضا بما صار لبيت المال فقد ملكها ، وإن لم يعرف حال الشراء حلاله على الصحة ولا خراج عليها بناء على ما مر من أنها لما مات ملاكها بلا ورثة عادت لبيت المال وسقط خراجها لعدم من يجب عليه فإذا باعها الإمام لم يجب على المشتري خراجها لقبض الإمام ثمنها وهو بدل عيها وتقدم أيضا أنه لا عشر عليها أيضا وقدمنا ما في ذلك وحيث ملكها بالشراء صح وقفه لما وتراعى شروط وقفه قال في التحفة المرضية سواء كان سلطانا أو أميرا أو غيره ، وما ذكره الجلال السيوطي من أنه لا يراعى شروطه إن كان سلطانا أو أميرا وأنه يستحق ريعه من يستحق في بيت المال ، من غير مباشرة للوظائف ، فمحتمل على الإذا وصلت إلى الواقف بإقطاع السلطان إياه من بيت المال كما لا يخفى اه .

وحاصله أن ما ذكره السيوطي لا يخالف ما قلنا لأنه محمول على ما إذا لم يعرف شراء الواقف لما من بيت المال بل وصلت إليه بإقطاع السلطان لما : أى بأن جعل له خراجها مع بقاء عيها لبيت المال فلم يصح وقفه لما ، ولا تلزم شروطه ، بخلاف ما ذكره ملكها ثم وقفها كما قلنا .

مطلب أوقاف الملوك والأمراء ليراعى شرطها

قلت : لكن بقي ما إذا لم يعرف شراؤه لما ولا علمه ، والظاهر أنه لا يحكم بصحة وقفها لأنه لا يلزم من وقفه لما أنه ملكها ولهذا قال السيد الحموي في حاشية الأشباه قبيل قاعدة : إذا اجتمع الحلال والحرام مالم يصح :

وأنه لاخراج على أراضيها (وموات أحياء ذى بإذن الإمام) أو رضى له كما مر (خراجى ولو أحياء مسلم اعتبر قربه) ما قارب الشيء يعطى حكمه

وقد أتت علامة الوجود المولى أبو السعود مفتى السلطنة السلمانية بأن أوقاف الملوك والأمراء لا يراعى شرطها : لأنها من بيت المال أو ترجع إليه ، وإذا كان كذلك يجوز الأحداث إذا كان المقرر فى الوظيفة أو المرتب من مصاريف بيت المال . ولا يخفى أن المولى أبا السعود أدرى بحال أوقاف الملوك ، ومثله ما سبذكره الشارح فى الوقف عن المحبة عن المبسوط من أن السلطان يجوز له مخالفة الشرط إذا كان غالب جهات الوقف قرى ومزارع لأن أصلها لبيت المال . معنى إذا كانت لبيت المال ، ولم يعلم ملك الواقف لما فيكون ذلك إرسادا لاوقفا حقيقة : أى أن ذلك السلطان الذى وقفه أخرجه من بيت المال ، وعينه لمستحقه من العلماء والطائفة ، ونحوهم حونا لهم على وصولهم إلى بعض حقهم من بيت المال .

مطلب على ما وقع للسلطان برقوق من إرادته نقض أوقاف بيت المال

ولذا لما أراد السلطان نظام المملكة برقوق فى عام نيف وثمانين وسبعمائة أن ينقض هذه الأوقاف لكونها أحدث من بيت المال : وعقد لذلك مجلسا حافلا حضره الشيخ سراج الدين البلقينى والبرهان ابن جماعة وشيخ الحنفية الشيخ أكمل ابن شارح الهداية فقال البلقينى : ماوقف على العلماء والطلبة لاسبيل إلى نقضه ، لأن لم فى المجلس أكثر من ذلك وماوقف على فاطمة وخديجة وعائشة ينقض ، ووافق على ذلك الحاضرون كما ذكره السيوطى فى النقل المستور (١) فى جوار قبض معلوم الوظائف بلا حضور . ثم رأيت نحوه فى شرح المتن ، فى هذا صريح بأن أوقاف السلاطين من بيت المال إرسادات ، لا أوقاف حقيقة ، وأن ما كان منها على مصاريف بيت المال لا ينقض ، بخلاف ماوقفه السلطان على أولاده أو عتقائه مثلا ، وأنه حيث كانت إرسادا لا يلزم مراعاة شروطها ، لعدم كونها وقفا صحيحا ، فإن شرط صحته ملك الواقف ، والسلطان بدون الشراء من بيت المال لا يملكه . وقد علمت موافقة العلامة الأكمل على ذلك ، وهو موافق لما مر عن المبسوط ، وعن المولى أبى السعود وما سبذكره الشارح فى الوقف عن النهر : من أن وقف الإقطاعات لا يجوز إلا إذا كانت أرضا مواتا ، أو ملكا للإمام فأقطعها رجلا ، وهذا خلاف ما فى النحلة المرضية عن العلامة قاسم من أن وقف السلطان لأرض بيت المال صحيح : قلت : ولعل مراده أنه لازم لا يغير إذا كان على مصلحة عامة كما نقل الطرسوسى عن قاضيهان من أن السلطان لو وقف أرضا من بيت مال المسلمين على مصلحة عامة للمسلمين جاز قال ابن وهبان : لأنه إذا أبدع على مصرفه الشرعى ، فقد منع من يصرفه من أمراء الجور فى غير مصرفه اه فقد أفاد أن المراد من هذا الوقف تأييد صرفه على هذه الجهة الميمنة التى عنها السلطان مما هو مصلحة عامة ، وهو معنى الإرساد السابق ، فلا ينافى ما تقدم والله سبحانه أعلم (قوله بإذن الإمام) قيد به لأن الأحياء يتوقف على إذنه ط عن المنع (قوله كما مر) أنه إذا قاتل مع المسلمين أو دهم على الطريق يرضخ له ط (قوله خراجى) لأنه ابتداء وضع على الكافر وهو ألبق به كما مر (قوله اعتبر قربه) . أى قرب ما أحياء إن كان إلى أرض الخراج أقرب كانت خراجية ، وإن كان إلى العشر أقرب فعشرية نهر . وإن كانت بينهما فعشرية مراعاة لجانب المسلم ط ، وعند أبى يوسف وأحمر محمد الماء فإن أحياء بماء الخراج فخراجية ولا فعشرية بحر وبالأول يفتى ذو متنى (قوله ما قارب الشيء يعطى حكمه) استئناف قصد به التعليل ط كفتاء الدار لصاحبها الانتفاع به ، وإن لم يكن ملكا له ولذا لا يجوز إحياء

(١) قوله (فى النقل المستور) هكذا بالأصل المقابل على خط ولما المسطور فليحذر .

(وكل منهما) أى العشرية والخراجية (إن سقى بماء العشر أخذ منه العشر إلا أرض كافر تسقى بماء العشر)
إذ الكافر لا يبدأ بالعشر (وإن سقى بماء الخراج أخذ منه الخراج) لأن الماء بالماء (وهو) أى الخراج (نوعان)
خراج مقاسمة إن كان الواجب

ما قرب من العامر بحر (قوله وكل منهما الخ) تبع في هذا صاحب الدرر وهو مخالف لما في الهداية والتبيين
والكافي وغيرهما ، من أن اعتبار الماء فيها أو جعل المسلم داره يستأنف قال في الكافي لأن لزومة في غير المصوص
عليه تدور مع الماء . فإن كانت تسقى بماء بئر أو عين فهي عشرية ، وإن كانت تسقى بأنهار الأعاجم فخراجية
ولو بهذا مرة وبهذا مرة فالعشر أحق بالمسلم اهـ ومقتضاها أن المصوص على أنه عشرى كأرض لعرب ونحوها
أو على أنه خراجى كأرض السواد ونحوها لا يعتبر فيه الماء وعن هذا قال في الفتح بعد كلام
والحاصل : أن التي فتحت عنوة إن أقر الكفار عليها لا يوظف عليهم إلا الخراج وأوسعت بماء مصر .
وإن قسمت بين المسلمين لا يوظف إلا العشر وإن سقيت بماء الأنهر . وكل أرض لم ينتفع سوى رجب
مسلم ، إن كان يصل إليها ماء الأنهار فخراجية ، أو ماء عين ونحوه فعشرية . وهذا قول محمد وهو قول
أبي حنيفة اهـ .

فتحصل أن الماء يعتبر فيها لو أحيا مسلم أرضا أو جعل داره يستأنف ، بخلاف المصوص على أنه عشرى
أو خراجى ، وقد لنا على الدر المنقى أن المفتى به قول أبي يوسف إنه يعتبر القرب . وهو مذهب علي المصنف
أولا كالكنز وغيره وقدمه في متن المفتى ، فأفاد ترجيعه على قول محمد . وقال ح : وهو المختار كما في الهدى
على الكنز عن شرح قراحصارى وعليه التوثق واعتبار الماء قول محمد . قال في الشربلية قوله وكل منهما
فيه مخالفة لقوله قبله : وما أحيا مسلم يعتبر بقربه لأنه اعتبر الحيز ثمة وهذا اعتبر الماء وعدهم أن ذلك قول
أبي يوسف وهذا قول محمد اهـ (قوله بماء العشر) هو ماء السماء والبئر والعين والمحار الذى لا بدخل تحت ولاية
أحد ، وماء الخراج هو ماء أنهار حفرتها الأعاجم ، وكذا سيحون ، وجيحون . ودجلة ، والفرات
خلافًا ل محمد .

والحاصل أنه ما كان عليه يد الكفرة ثم حويناها قهرا وما سواه عشرى وتماه فيها قدماء في باب العشر .

مطلب في خراج المقاسمة

(قوله خراج مقاسمة الخ) هذا إما يوضع ابتداء على الكافر كالوظف ، فإذا فتح بلدة ومن سبى أهلها
بأرضها له أن يضع الخراج عليها مقاسمة أو موطئا ، بخلاف ما إذا قسمها بين الجيش فإنه يضع العشر . قال الخبير
الرملى : خراج المقاسمة كالوظف مصرفا وكالعشر ما أخذ لا فرق فيه بين الرطاب والزرع والكرم والنخل
المفصل وغيره فيقسم الجميع على حسب ما تطبق الأرض من : النصف ، أو الثلث ، أو الربع ، أو الخمس ،
وقد تقر بأن خراج المقاسمة كالعشر لتعلقه بالخارج ، ولذا يشكر الخارج في السنة وإنما يفرقه في المصرف
فكل شيء يؤخذ منه العشر أو نصفه يؤخذ منه خراج المقاسمة . وتجوز الأحكام التي قررت في العشر وفاقا
وخلافًا ، فإذا علمت ذلك علمت ما يزرع في بلادنا وما يغرس فلا غرس رجل في أرضه زيتونا أو كرما أو أشجارا
يقسم الخارج كالزرع ولا شيء عليه قبل أن يطعم بخلاف ما إذا غرس في الموطئ ، ولو أخذهما مقاطعة على
دراهم معينة بالتراضي ينهى الجواز وكذا لو وقع على عداد الأشجار ، لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة
من أى شيء كان ، ولأن تقدير خراج المقاسمة مفروض لرأى الإمام ، وكل من الأنواع الثلاثة يفعل في بلادنا

بعض الخارج كالخمس ونحوه ، وخراج وظيفة إن كان الواجب شيئا في اللمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض كما وضع عمر رضى الله عنه على السواد لكل جريب (هو ستون ذراعا في ستين بذراع كسرى سبع قضبات ، وقيل المعتبر في كل بلدة عرفهم ، وعرف مصر التقدير بالفدان فتع وعلى الأول المول بحر (يليه الماء صاعا من بر أو شعير ودرهما) عطف على صاع من أجود النقود زيلعى (وجريب الرطبة خمسة دراهم وجريب الكرم أو النخل متعالة)

ومعص الأرض تقسم ثمار أشجارها ، وبأخذ مأذون السلطان منها ثلثا أو ربعا ونحوه ، وبعضها يقطع عليه دراهم معينة . وبعضها يعد أشجارها ، ويأخذ على كل شجرة قدرا معيناً ، وكل ذلك جائز عند الطاقة والتراضى على أخذ شيء في مقابلة خراج المقاسة لمن يستحقه ، ولا شك أن أراضي بلادنا خراجية ، وخراجها مقاسة ، كما هو شاهد وتقديره مفوض إلى رأى الإمام اه ، وبأنى تمام الكلام :

نكت : لكن مر أن المأخوذ الآن من أراضي مصر والشم أجرة لاعشر ولا خراج والمراد الأراضي التي صارت لبيت المال للمملوكة أو الموقوفة كما قدمناه لكن هذه الأجرة بدل الخراج كما مر وبأنى (قوله يتعلق بالتمكن من الانتفاع) بيان لكونه واجبا في الذمة أى أنه يجب في دمه بمجرد تمكنه من الانتفاع بالأرض لابين الخارج حتى لو تمكن من الزراعة وعطلها وجب ، بخلاف ما لم يتمكن كما سيذكره المصنف (قوله كما وضع الخ) تمثيل لخراج الوظيفة (قوله على السواد) أى قرى العراق (قوله بذراع كسرى) احتراز عن ذراع العامة وهو ست قضبات فتح والقبضة أربع أصابع (قوله بالفدان) بالتثنية آلة الحرث ، ويطلق على الثورين يحرث عليهما في قران وجمعه عداين ، وقد يخفف فيجمع على أمدنة وقدن مصباح ، والمراد هنا الأرض ، وهو في حرف الشام نوعان رومانى وخطاطى ومساحة كل معروفة عند الفلاحين (قوله على الأول المول بحر) وأصله في الفتح وقال إن الثاوى يقضى أن الجريب يختلف قدره في البلدان ، ومقتضاها أن يتحد الواجب مع اختلاف المقادير ، وإنه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف أخرى فيه خمسون ذراعا (قوله يبلغه الماء) صفة لجريب ، قيد به لما بأنى من أنه لاخراج لأن أغلب الماء على أرضه أو انقطع ، وبه علم أن المراد الماء الذى تصير به الأرض صالحة للزراعة ، فصار كقول الكثر جريب صلح للزراعة (قوله صاعا) مفعول وضع وهو القفيز الهاشمى الذى ورد عن عمر رضى الله تعالى عنه كما في الهداية وغيره ، وهو ثمانية أوطال أربعة أماء ، وهو صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وينسب إلى الحجاج فيقال صاع حجاجى لأن الحجاج أخرجه بعينه ما فقد كما في ط عن الشلبى (قوله من بر أو شعير) أى فهو مخير في إعطاء الصاع من الشعير أو البر كما في النهاية معزى إلى فتاوى قاضى خان . والصحيح أنه مما يزرع في تلك الأرض كما في الكافى شربلية ومثله في البحر ، وبقي ما إذا عطلها والظاهر أن الإمام بخير تأمل (قوله ودرهما) هو وزن سبعة كما في الزكاة بحر ، وهو أن يكون وزنه أربعة عشر قيراطا جوهره (قوله الرطبة) بالفتح والجمع الرطاب : وهى القثاء والخيار والبطيخ والباذنجان ، وما جرى مجراه ويقول غير الرطاب مثل الكراث شربلية (قوله متصلة) يعنى أنه يشترط في تلك الأشجار التى للعنب والخمر وغيرهما أن يكون متصلا بعضها ببعض ، بحيث لا يمكن أن يزرع بينها أفادة في شرح الملتقى ، فلو كانت متفرقة في جوانب الأرض ووسطها مزرع فلا شىء فيها كما لا شىء في غرس أشجار غير مشورة بحر ط وقوله : فلا شىء فيها أى في الأشجار المتفرقة بل يجب في الأرض ، لأنها كانت متفرقة فهى بستان فهجب بقلدر الطاقة على ما يأتى أو المراد لا شىء فيها مقلدر تأمل ، وقوله كما لا شىء في غرس الخ هذا إذا لم يقصد شغل أرضه بها فلو استتمى أرضه بقوائم الحلاف وما أشبهه أو القصب

قید فیہا (ضعفہا ولما سواہ) مما لیس فیہ توظیف عمر (کرعقرا و ستان) در کل زمین جو طولہا - عذوہا ،
 اُجبار متفرقة بمکن الزرع تحتہا فلو ملثقة أى متعانة لا يمكن رراعة أرضها فهو کرم (طائتہ و) غایة الطقة
 (نصف الخارج) لأن النصف عین الإنصاف (فلا یزد علیہ) فی إخراج المقاسة ولا فی الموظف علی مقدار
 ماوظفہ عمر رضی اللہ تعالیٰ عنہ :

أو الحشيش كان فیہ العشر كما قدمناه فی بابہ عن البدائع وغيرہا ، تأمل (قوله ضعفها) أى ضعف الخمسة وهو
 عشرة دراهم لما فیہا من الأثمار : فإن كانت لم تنثر بعد ففيہا إخراج الزرع كما فی الخاتمة درمتمی (قوله و) و
 سواہ) أى سوى ما ذكر من الأشياء الثلاثة الموظف علیہا (قوله مما لیس فیہ توظیف عمر) قصد - إصلاح المیز
 فإن ظاهرہ أن الزعفران والبساتین عیہ توظیف عمر كما هو قضية الموظف مع أنه لیس كذلك (قوله بخوصہ) أى
 برعاہا وبمخفطہا ، أو هو بشديد الولو أى دار علیہا حائط قل فی المصباح : حاصہ بخوصہ حوصہ ، رعاہا وحائط
 حوله نحو بوطا أدار علیہ نحو التراب حتى جعلہ محیطا بہ (قوله فلو ملثقة الخ) فی المصباح : ثمة ، رعت ، رعتہ
 ببعض احتياط .

ثم اعلم أن حاصل ما ذكرہ من الفرق بین البساتین والكرم ، هو أن ما كانت أشجارہ متممة فهو كرم ، وما كانت
 متفرقة فهو بستان ، وقد عزاه فی البحر إلى الظهيرية ، ومثله فی کافی التنقي : ومقتضاه أن لكرمه لا ينص
 العنب ، مع أن ما فی المتن من عطف المحل على الكرم بعيد أنه غیرہ . وفي الاختيار : والجرب البساتین فیہ أشجار
 مشمرة ملثقة لا يمكن زراعتها ، قال محمد : يوضع علیہ بقدر ما يطبق لأنه لم يرد عن عمر رضی اللہ تعالیٰ عنہ فی بستان
 تقدير فكان مفوضا إلى أمر الإمام وقال أبو يوسف : لا يزد على الكرم لأن البستان بمعنى الكرم فلو ورد فی كرم ورد
 فیہ دلالة وإن كان فیہ أشجار متفرقة فهي تابعة للأرضاء ومفاده هذا أيضا أن الخلاف بین محمد وأبي يوسف فی
 بقرينة التعليل أولا وثانيا ، وهذا أوفق بما فی كتب اللغة . ومفاده أيضا أن الخلاف بین محمد وأبي يوسف فی
 البستان إذا كانت أشجارہ ملثقة ، وأن ما فی المتن حقوق محمد وعليہ جرى فی المتن ، وذكر فی المتن مثل ما فی
 الاختيار حيث قال : وفي جرب الكرم عشرة دراهم : وأما جرب الأرض التي فیہا أشجار مشمرة بحيث لا يمكن
 زراعتها لم يذكر فی ظاهر الرواية ، وروی عن أبي يوسف أنه قال إذا كان البصل ، انتا جعلت علیہ الخرج بقدر
 ما يطبق ولا أزيد على جرب الكرم عشرة دراهم (قوله لأن النصف الخ) علة لقوله وعامة الطاقة نصف
 الخارج فلا ينافي أنه يجوز التقصص منه فافهم :

مطلب لا يحول خراج الموظف إلى خراج المقاسة وبالعكس

(قوله فلا يزداد علیہ فی خراج المقاسة) ترك ما لم يوظف مع أن الكلام فیہ : فكان علیہ أن يقو ولا يزداد علیہ
 فیہ ولا فی خراج المقاسة ولا فی الموظف الخ أفاده ح .

قلت : وقد يجاب بأن قوله والتصنيف الخ يفيد أنه يجوز وضع النصف أو الربع أو الخمس فيصير خراج
 مقاسة لأنه جزء من الخارج وهو غير الموظف ، فقوله فی خراج مقاسة أراد به هذا النوع ، وقوله ولا فی الموظف
 الخ أراد به النوع الأول فافهم (قوله ولا فی الموظف علی مقدار ماوظفہ عمر) وكذا إذا فتحت بلدة بعد عمر
 فأراد الإمام أن يضع علی ما يزرع حنطة درهمين وقفيزا وهي تطبيقه لیس له ذلك عند أبي حنيفة وهو الصحيح
 لأن عمر رضی اللہ تعالیٰ عنہ لم يزد لما أخیر زيادة الطاقة أفاده فی البحر عن الكافي . قال ط : وهذا نص صريح
 فی حرمة ما أحدثه الظلمة علی الأرض من الزيادة علی الموظف ، ولو سلم أن الأراضي آتت لبيت المال وصارت

وإن أطاقت على الصحيح كافي (ويتقص مماوظف) عليها (إن لم تطلق) بأن لم يبلغ الخراج ضعف الخراج الموظف فينقص إلى نصفه الخراج وجوباً وجوازاً عند الإطاقة ، وينبغي أن لايزاد على النصف ولا ينقص عن الخمس

مستأجرة اه أي لما قدمناه عن التارخانية من أن الإمام يدفعها للزراع بأحد طريقين : إما بإقامتهم مقام الملاك في الزراعة ، وإعطاءه الخراج ، وإما بإجارتها لم يقدر الخراج ، فقوله : يقدر الخراج يدل على عدم الزيادة :

قلت : لكن المأخوذ الآن من الأراضي الشامية التي آلت إلى بيت المال بموجب البراءة والدفاتر السلطانية ، وكذا من الأوقاف شيء كثير فإن منها ما يؤخذ منه نصف الخراج ، ومنها الربع ، ومنها العشر . والظاهر أنه خراج مقاسمة في أصل الوضع فيؤخذ بقدره إذا صار بدل أجرة ، ولعل مامر من التوظيف كان على سواد العراق فقط ، والموضوع على الأراضي الشامية كان خراج مقاسمة في المأخوذ قدره ، وقدمنا التصريح عن الخبر الرملي بأنه خراج مقاسمة (قوله وإن أطاقت) تعميم لقوله : ولايزاد عليه الخ ، فيشمل ما لم يوظف كما صرح في قوله : وغاية الطاقة نصف الخراج ، ويشمل خراج المقاسمة كما نص عليه في النهر ، وكذا الموظف من عمرضى الله تعالى عنه كما في البحر أو من إمام بعده كما مر فافهم :

مطلب لا يلزم جميع خراج المقاسمة إذا لم تطلق لكثرة المظالم

(قوله وجوازاً عند الإطاقة) اعلم أن قول المصنف وغيره : ويتقص مما وظف إن لم تطلق يفهم منه أنها إن أطاقت لا ينقص منه وهو مخالف لما في الدراية من جواز التقصان عند الإطاقة. قال في النهر : ولو قيل بوجوبه عند عدم الإطاقة ويجوزاره عند الإطاقة لكان حسناً وعليه يحمل ما في الدراية فتدبره اه. وحفظ فالفهم من قول المصنف : إن لم تطلق أنه لا يجب التقصيص عند الإطاقة فلا ينافي جوازه ، فقول الشارح وجوباً قيد لقول المصنف ويتقص مماوظف لا أقوله في الشرح فينقص إلى نصف الخراج وقوله : وجوازاً عطف على وجوباً فكأنه قال : ويتقص وجوباً مما وظف إن لم تطلق ، وجوازاً إن أطاقت ، وهذا كلام لا غبار عليه ، وبه سقط ما قيل إن مقتضى هذا العطف أن الخراج من الكرم مثلاً لو بلغ ألف درهم جاز أخذه خساسة ولا قائل به ، والمراد أنه إن بلغ الخراج ضعف الموظف أو أكثر جاز للإمام أن ينقص عن الموظف اه. ووجه السقوط أن هذا إنما يرد لو كان قوله وجوباً قيداً لقوله فينقص إلى نصف الخراج فيصير معنى قوله وجوازاً أنه ينقص إلى نصف الخراج جوازاً عند الإطاقة ، ولا موجب لهذا الحل فافهم (قوله وينبغي أن لايزاد على النصف الخ) هذا في خراج المقاسمة ولم يقيد به لانفهامه من التعبير بالنصف والخمس فإن خراج الوظيفة ليس فيه جزء معين تأمل. قال في النهر : وسكت عن خراج المقاسمة ، وهو إذا من الإمام عليهم بأراضيهم ورأى أن يضع عليهم جزءاً من الخراج كنصف أو ثلث أو ربع ، فإنه يجوز ويكون حكمه حكم العشر ومن حكمه أن لايزيد على النصف وينهى أن لاينقص عن الخمس قاله الحدادي اه. وبه علم أن قول الشارح : وينبغي مذكور في غير محله ، لأن الزيادة على النصف غير جائزة كما مر التصريح به في قوله ولا يزداد عليه وكان عدم التقصيص عن الخمس غير منقول فذكره الحدادي بحثاً ، لكن قال الخليل الرملي : يجب أن يعمل على ما إذا كانت تطبق ، فلو كانت قليلة الربع كثيرة المؤن ينقص ، إذ يجب أن يضاهى الواجب انفاوت المؤنة كدف أرض العشر ثم قال : وفي الكافي : وليس للإمام أن يحول الخراج الموظف إلى خراج المقاسمة :

أقول : وكذلك حكمه فيها يظهر من تعليقه لأنه قال لأن فيه نقض العهد وهو حرام اه :

قلت : صرح بالعكس القهستاني ، وقدمنا على الرملي أن المأخوذ من الأراضي الشامية خراج مقاسمة ، وكنت أنما صار منها لبيت المال تؤخذ أجرتة يقدر الخراج ويكون المأخوذ في حق الإمام خراجاً ، فحيث كان كذلك

حدادی ، وفيه لو غرس بأرض الخراج كرما أو نجرا فعليه خراج الأرض إلى أن يطعم . وكذا لو قلع الكرم .
وزرع الحب فعليه خراج الكرم ، وإذا أطعم فعليه قدر ما يطبق ولا يزيد على عشرة دراهم ولا ينقص عما كان
وكل ما يمكن الزرع تحت شجرة فيستان ، وما لا يمكن فكرم ، وأما الأشجار التي على المسناة فلا شيء فيها انتهى .
وفي زكاة الخانية قوم شروا ضيعة فيها كرم وأرض فشرى أحدهما الكرم والآخر الأراضي وأرادوا قسم الخراج ،
فلو معلوما فكما كان قبل الشراء وإلا كان كان جملة

تعتبر فيه الطاعة ، وبه يعلم أن ما فعله أهل التيمار والزعامات من مطالبة أهل القرى بجميع ما عينه لهم السلطان على القرى
كالقسم من النصف ونحوه ظلم محض ، لأن ذلك المعين في الدفاتر السلطانية مبني على أنه كان لا يؤخذ من الزرع . سوى ذلك
القسم المعين والفاضل عنه يبقى للزراع ، والواقع في زماننا خلافه فإن ما يؤخذ منهم الآن ظالما يسمى بالذخائر وغيرها شيء
كثير ربما يستغرق جميع الخارج من بعض الأراضي ، بل يؤخذ منهم ذلك وإن لم تخرج الأرض شيئا وقد شاهدنا
مرارا أن بعضهم ينزل عن أرضه أخيره بلا شيء لكثر ما عليها من الظلم ، وحينئذ فطالبته بالقدم ظلم على ظلم
والظلم يجب إعداده فلا يجوز مساعدة أهل التيمار على ظلمهم ، بل يجب أن ينظر إلى ما تطبقه الأراضي ، كما أتق
به الخير الرمي ونقل بعض الشراح عن شمس الأئمة من سيرة الأكاسرة إذا أصاب زرع بعض الرعية آفة عوضوا
له ما أنفق في الزراعة من بيت مالهم وقالوا التاجر شريك في الخسران كما هو شريك في الربح ، فإذا لم يعطه
الإمام شيئا فلا أقل من أن لا يغرمة الخراج (قوله فعليه خراج الأرض) كذا في البحر عن شرح الطحاوي
قال ط : والأولى خراج الزرع كما نقله الشارح عن جمع الفتاوى في باب زكاة الأموال أي في دفع صاعا ودرهما
(قوله إلى أن يطعم) بضم أوله وكسر ثالثة مبنيًا للفاعل قال في المصباح : أطعمت الشجرة بالآلف أدرك ثمره
(قوله فعليه خراج الكرم) أي دائما لأنه صار إلى الأدنى مع قدرته على الأعلى ، قال في الفتاوى الهندية قالوا
من انتقل إلى أنص الأكر من غير عذر ، فعليه خراج الأعلى كمن له أرض الزعفران فتركه وورع الحبوب
فعليه خراج الزعفران ، وكذا لو كان له كرم فقطع وزرع الحبوب فعليه خراج الكرم وهذا شيء يعلم ، ولا
يفنى به كي لا يطعم الظلمة في أموال الناس كذا في الكافي ح قال في الفتح : إذ يدعى كل ظالم أن أرضه كانت تصابح
لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب اه (قوله وإذا أطعم) معطوف على قوله إلى أن يطعم . قال في البحر وفي
شرح الطحاوي : لو أنبت أرضه كرما فعليه خراجها إلى أن يطعم ، فإذا أطعم ، فإن كان ضعف وظيفة الكرم
ففيه وظيفة الكرم ، وإن كان أقل فنصفه إلى أن ينقص عن قفيز ودرهم ، فإن نقص فعليه قفيز ودرهما والقفيز
صاع كما مر ، وهذا بناء على أنها كانت للزراعة ، فلو للربطة فالظاهر لزوم خمسة دراهم فالذا قال الشارح ولا
ينقص عما كان تأمل (قوله وكل ما يمكن الخ) مكرر مع ما تقدم ح (قوله على المسناة) قال في جامع اللغة : المسناة
الكرم ، وهو ما يبنى للسيل ليرد الماء اه ح .

وحاصله : أنها ابني حول الأرض ليرد السيل عنها ، وتسمى حافتا النهر مسناة أيضا ، والظاهر أن الحكم
فيها كذلك لأن ذلك ليس عمل الزرع فلا يسمى شاعلا الأرض فيكون تابعا لها (قوله قوم) أراد باسم الجمع
الاثنين مجازا بقرينة قوله أحدهما وواو الجمع في شروا باعتبار صورة اسم الجمع ح (قوله وفيها كرم) أراد به
الحسن كالذي بعده بقرينة الجمع فيها يأتي ح (قوله فشرى) عطف على شروا عطف مفصل على مجمل ح
(قوله فلو معلوما) أي علم حصاة الكروم وحصاة الأراضي من الخراج المأخوذ (قوله وإلا كان كان جملة)
في بعض النسخ بأن كان جملة أي بأن كان خراج الضيعة يؤخذ جملة من غير بيان لحصاة الكروم وحصاة الأراضي

ولم تعرف الكروم إلا كروما قسم بقدر الحصص قرية خراجهم معاوت . مطلقا النسوية إن لم يعلم مدره ابتداء ترك على ماكان (ولا خراج إذ غلب الماء على أرضه أو انقطع) الماء (أو أصاب الزرع آفة سماوية كغرق وحرق وشدة برد) إلا إذا بقي من السنة ما يمكن الزرع فيه ثانيا (أما إذا كانت الآفة غير سماوية) ويمكن الاحتراز عنها (كما كل قردة وسباع ونحوهما) كأنعام وآر ودودة بحر (أو هلك) الخارج (بعد الحصاد) يسقط وقبله يسقط ولو هلك بعضه إن فضل عما أشق شيء .

قوله فإن لم تعرف الخ (يعني لم يعرف أحد أن الكروم كانت أراضي ، ولا أن الأراضي كانت كروا ح) قوله قسم بقدر الحصص (أى ينظر إلى خراج الكروم والأراضي . فإذا عرف ذلك بقسم جملة خراج الضيقة عليها على قدر حصصها عن الخانية .

فت : والظاهر أن المراد أن ينظر إلى خراجها خراج وطيفة بأن ينظر كم جريبا فيها فإذا بلغ خراج الكروم مائة درهم مثلا وخراج الأراضي مائتين يقسم جملة خراج الضيقة عليها ثلاثة أثلاث على الكروم ولثلاث على الأراضي (قوله قرية) المراد أهلها فلذا قال خراجهم (قوله إن لم يعلم الخ) أى إن كان لا يعلم أن خراج أراضيهم كان على النسوية أم لا ترك كماكان .

[نفيه] في الخبرية مثل في مسند قرية له أرض لم يعرف عليها خراج من قديم الزمان ، ويريد السبأى المشكلم على القرية أن يأخذ عليها خراجا . أجاب : ليس له ذلك والقديم يبنى على قده ، وحل أحوال المسلمين على الصلاح وجب (قوله لا خراج الخ) أى خراج الوظيفة ، وكذا خراج المقاسة والعشر بالأولى لتعلق الواجب بعين الخارج فيها . ومثل الزرع الرطبة والكروم ونحوها بخبرة (قوله ما يمكن الزرع فيه ثانيا) قال في الكرى ولغوى أنه مقدّر بثلاثة أشهر نهر (قوله ويمكن احتراز عنها) خرج ما لا يمكن كالجلود كما في البرازية (قوله كاهم) وكقردة وسباع ونحو ذلك بحر (قوله وآر ودودة) عارة ومنه يعلم أن الدودة والفأرة إذا اكلا الزرع لا يسقط الخراج اهـ .

فت لا شك أنهما مثل الجراد في عدم إمكان الدفع ، وفي التبر لا ينفى التردد في كون الدودة آفة سماوية ، وأنه لا يمكن الاحتراز عنها . قال الخبر الرملى : وأقول إن كان كثيرا غالبا لا يمكن دفعه بحيلة يجب أن يسقط به ، وإن لم يكن دفعه لا يسقط هذا هو المتعين للصواب (قوله أو هلك الخارج بعد الحصاد) مفهومه أنه لو هلك قبله يسقط الخراج لكن بخلافه التفصيل المذكور فيها لو أصاب الزرع آفة فإن الزرع اسم للقائم في أرضه ، فحيث وجب الخراج بهلاكه بآفة يمكن الاحتراز عنها علم أنه يجب قبل الحصاد إلا أن يعمل الملاك هنا على ما إذا كان بما لا يمكن الاحتراز عنه فتدفع الخالفة . وقد مر في باب العشر من الزكاة الاختلاف في وقت وجوبه . فعنده يجب عند ظهور الفجرة والأمن عليها من الفساد ، وإن لم يستحق الحصاد إذا بلغت حدا يانفع به . وعند الثاني عند استحقاق الحصاد ، وعند الثالث إذا حصدت وصارت في الجرين . فلو أكل منها بعد بلوغ الحصاد قبل أن تحمد ضمن عندهما لا عند محمد . ولو بعد ما حاربت في الجرين لا يضمن إجماعا ومردا . هناك (قوله وقبله يسقط) أى إلا إذا بقي من السنة ما يمكن فيه من الزراعة كما يؤخذ مما سلف ط . قال الخبر الرملى : ولو هلك الخارج في خراج المقاسة قبل الحصاد أو بعده فلا شيء عليه لعلته بالخارج حقيقة . وحكم حكم الشريك شركة المالك فلا يضمن إلا بالاعتدى ، فاعلم ذلك فإنه مهم ويكثر وقوعه في بلادنا وفي الخانية ما هو صريح في سقوطه في حصة رب الأرض بعد الحصاد ووجوبه عليه في حصة الأكار . علما بأن الأرض في حصته بمنزلة المستأجرة اهـ (قوله إن فضل عما أشق) ينفى

أخذ منه مقدار ما بينا مصنف سراج وتعامه في الشربلالية معزيا للبحر . قال وكذا حكم الإحارة في الأرض المستأجرة (فإن عطلها صاحبها وكان خراجها موظفا أو أسلم) صاحبها (أو اشترى مسلم) من ذي (أرض خراج يجب) الخراج (ولو منعه إنسان من الزراعة أو كان الخارج) خراج (مقاسدة لا) يجب شيء سراج ، وقد علمت أن المأخوذ

أن يلحق بالنفقة على الزرع ما يأخذه الأعراب وحكام السياسة طالما كما يعلم مما قدمناه (قوله أخذ منه مقدار ما بينا) أي إن بقي ضعف الخراج كدرهمين وصاعين ، يجب الخراج ، وإن بقي أقل من مقدار الخراج يجب نصه وأشار الشارح إلى هذا بقوله ، وتعامه في الشربلالية فإنه مذكور فيها أفاده ح (قوله مصنف سراج) على حذف العاطف أو على معنى مصنف عن السراج (قوله وكذا حكم الإحارة) أي لو استأجر أرضا فعاب عليها الماء أو أقطع لأجنب الأجرة ، وأما لو أصاب الزرع آفة فلما يسقط أجرة . انتهى من السنة بعد هلاك الماء قبله لأن الأجر يجب بإزاء المنفعة شيئا فشيئا فيجب أجر ما استوفى لا غيره فيفرق بين هذا وبين الخراج فإنه يسقط كما في الحر عن الولوالجية .

قلت : لكن في إحارة البزازية عن المحيط : انتهى على أنه إذا بقي بعد هلاك الزرع مدة لا يتمكن من الزراعة لا يجب الأجر وإلا يجب إذا تمكن من زراعته مثل الأول أو دونه في الضرر وكذا لو منعه غاصب اه والخراج كذلك كما علمت (قوله فإن عطلها صاحبها) أي عطل الأرض الصالحة للزراعة در منتقى .

قلت : في الخاتمة : له في أرض الخراج أرض سبغة لاتصلح للزراعة أو لا يصلحها الماء ، إن أمكنه إصلاحها ولم يصلح فعله الخراج إلا فلا اه ومن التعطيل من وجه . اه والزرع الأخس مع قدرته على الأعلى كما مر . قلت : ويستثنى من التعطيل ما ذكره في الإسعاف في فصل أحكام المقابر والربط أو جعل أرضه مقبرة أو خان للغة أو مسكنا سقط الخراج عنه ، وقبل لا يسقط والصحيح هو الأول اه وعليه مشى في الخطوة المحمية ٧ .

مطلب فيما لو عجز المالك عن زراعة الأرض الخراجية

وبقي ما لو عجز مالكيها عن الزراعة لعدم فوته ونسبائه فلا إمام أن يدهمها لعبه مراعاة لأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي للمالك ، وإن شاء أجرها وأخذ الخراج من الأجرة ، وإن شاء زرعها من بيت المال ، فإن لم يتمكن باعها وأخذ الخراج من ثمنها . قال في النهاية : وهذا بلا خلاف لأنه من باب صرف الضرر العام بالضرر الخاص ، وعن أبي يوسف يدفع العاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها زيلعي ، وفي الذخيرة . لو عادت قدرة مالكيها ردها الإمام عليه إلا في البيع .

(قوله يجب الخراج) أما في التعطيل فلأن انقصر جاء من جهته ، وأما فيما بعده فلأن الخراج فيه معنى المؤنة فأمكن إبقاؤه على المسلم ، وقد صح أن الصحابة اشترؤا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها وتعامه في الفتح (قوله لا يجب شيء) لأنه إذا منع ولم يقدر على دفعه لم يتمكن من الزراعة ولأن خراج المقاسمة يتعلق ببيع الخارج مثل العشر فلذا لم يزرع مع القدرة لم يوجد الخارج بخلاف خراج الوظيفة ، لأنه يجب في الذمة بمجرد التمكن من الزراعة ؛

مطلب لو رحل الفلاح من قرية لا يجبر على العود

(قوله وقد علمت الخ) حاصله دفع ما يتوهم من قولهم : لو عطلها صاحبها يجب الخراج أنه لو ترك الزراعة لعدل أو لعبه أو رحل من القرية يجبر على الزراعة والعود وليس كذلك ، أما أولا فلما علمت من قولهم إن الإمام

من أراضي مصر أحرة لأخراج فما يعمل الآن من الأخذ من الفلاح وإن لم يزرع ويسمى ذلك فلاحاً وإيجاره على السكنى في بلدة معينة يعمر داره ويوزع الأرض حرام بلا شبهة تهر ونحوه في الشربلية مغزياً للبحر حيث قال :
وتقدم أن مصر الآن ليست خراجية بل بالأجرة فلا شيء على من لم يزرع ولم يكن مستأجراً ، ولا جبر عليه بتسيبها . فما يفعله الظلمة من الإضرار به حرام خصوصاً إذا أراد الاشتغال بالعلم ، وقالوا لو زرع الأنفس قادراً على الأعلى كزعفران فعليه حراج الأعلى وهذا يعلم ولا يفتى به كي لا يتجرى الظلمة .

(باع أرضاً خراجية إن بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فعليه الخراج وإلا فعلى البائع)
عناية (ولا يؤخذ العشر من الخارج من أرض الحراج) لأنهما لا يجتمعان خلافاً للشافعي (ولا يتكرر الخراج بتكرار الخارج في سنة لو موظفاً وإلا) بأن كل حراج مقاسمة (تكرر) لتعلقه بالخارج حقيقة (كالعشر) فإنه

يدفعه لغيره مزارعة أو بالأجرة أو يبيعها ولم يقولوا بإجبار صاحبها ، وأما ثانياً فلما مر من أن الأراضي
شامية خراجها مقاسمة لا وظيفة فلا يجب بالتعطيل أصلاً : وأما ثالثاً فلأنها لما صارت لبیت المال صار المأخوذ
منها أحرة بقدر حراج ، ولا أحرة لا تازم هنا بدون التزام . إما بعقد الإجارة أو بالزراعة .

قال الخليل الرملي في حاشية البحر أقول : رأيت بعض أهل العلم أفتى بأنه إذا رحل الفلاح من قريته ولزم
حراج قريته برحيله أنه ينبغي على المودور بما اغتر به بعض الجهلة ، وهو يحمل على ما إذا رحل لاعتن ظم وجور
ولا عن ضرورة بل نعمنا وأمر السلطان إعادته للمصلحة وهي صيانة القرية عن الحراب ، ولا ضرر عليه
في عود . وأما ما يفعله الظلمة الآن من الإلزام بالرد إلى القرية مع التكاليف الشاقة والجهل المفرط فلا يقول به
سلم . وقد حمل الخصمى الشافعي في ذلك رسالة أقام بها الطائفة على فاعل ذلك فارجح إليها إن شئت اه (قوله
كي لا يتجرى الظلمة) قال في العناية : ورد بأنه كيف يجوز النكاح وأهم لو أخذوا كان في موضعه لكونه واجباً
أوجب بأن لو أتى بذلك لادعى كل ظالم في أرض ليس شأنها ذلك أنها قبل هذا كانت ترزع الزعفران فيأخذ
حراج ذلك وهو ظالم وعدوان اه (قوله باع أرضاً خراجية الخ) هذا إذا كانت فارغة لكن اختلفوا في اعتبار
ما يتمكن المشتري من رعايته ، فقيل : الخنطة والشعير ، وقيل أي زرع كان وفي أنه هل يشترط إدراك الربيع
سكانه أولاً . وفي واقعات الناطق أن الفتوى على تقديره بثلاثة أشهر ، وهذا منه اعتبار لزوم الدخن وإدراك
الربيع فإن ربيع الدخن يدرك في مثل هذه المدة . وأما إذا كانت الأرض مزروعة فباعها مع الزرع ، فإن كان قبل
بلوغه فأنخرج على المشتري مطلقاً ، وإن بعد بلوغه واعتقاد حبه فهو كما لو باعها فارغة ، ولو كان لما ربيعان خريف
وربعمي وسلم أحدهما للبائع والآخر للمشتري فالخراج عليهما ، ولو تداولتها الأيدي ولم تمسك في ملك أحدهما
ثلاثة أشهر فلا خراج على أحدهما من التناحية ، لخصاً (قوله عناية) لم أجده فيها وإنما عزاه في البحر إلى البناءة
وهي شرح الهداية للعيني (قوله ولا يؤخذ العشر الخ) أي لو كان له أرض خراجها موظف لا يؤخذ منها عشر
الخارج ، وكذا لو كان خراجها مناسبة من الصف ونحوه . وكذا لو كانت عشرية لا يؤخذ منها خراج لأنهما
لا يجتمعان ، ولذا لم يفعله أحد من الخلفاء الراشدين ولا انقل ونعامة في الفتح (قوله ولا يتكرر الخراج الخ)
قال في الفتح : فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمسك . وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع
فيها مراراً والشدة له شدة وهو تكرره بتكرار خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج فإذا عطّلها لا يؤخذ
شيء اه .

قلت : ومن ذلك أن الخراج يسقط بالموت وبالتداخل كالجزية وقيل لا كالعشر ، وسيأتي تمام الكلام عليه

يتكرر (ترك السلطان) أو نأبىه (الخراج لرب الأرض) أو وهبه له ولو بشفاقة (جاء) عند الثاني وحل له لو مصرفا وإلا تصدق به، به يفتى، وما في الحواشي من ترجيح حله لغير المصرف بخلاف المشهور (ولو ترك العشر لا) يجوز إجماعا ويخرجه بنفسه للفقراء سراج، خلافا لما في قاعدة تصرف الإمام منوط بالمصاحبة من الأشباه ومزيا للبرازية فتنبه وفي النهر يعلم من قول الثاني حكم الإقطاعات من أراضي بيت المال إذ حاصليها: أن الرقبة لبيت المال

في الفصل الآتي (قوله أو وهبه له) بأن أخذه منه ثم أعطاه إياه (قوله عند الثاني) أي عند أبي يوسف وقال محمد: لا يجوز بحر ولم يظهر لي وجه قول محمد إن كان مراده أنه لا يجوز ولو كان مصرفا للخراج (قوله وحل له لو مصرفا) أعاده لأن قوله: جاز أي جاز، أفعله السلطان بمعنى أنه لا يضمن، ولا يلزم من ذلك حله لرب الأرض، وفي القية ويعتبر في صرفه إلى نفسه إن كان مصرفا كالمفتي، والمجاهد والمعلم والمتعلم والذاكر والواعظ عس علم، ولا يجوز لغيرهم وكذا إذا ترك عمل السلطان الخراج لأحد بدون علمه اه (قوله خلاف المشهور) أي يخالف لما نقله العامة عن أبي يوسف نهر (قوله لا يجوز إجماعا) لعل وجهه أن العشر مصرفه مصرف الزكاة، لأنه زكاة الخراج، ولا يكون الإنسان مصرفا لزكاة نفسه بخلاف الخراج، فإنه ليس زكاة ولذا يوضع على أرض الكافر هذا ماطهور تأمل (قوله معزيا للبرازية) وذلك حيث قال: وفي البرازية السلطان إذا ترك العشر لمن هو عليه حاز، غنيا كان أو فقيرا، لكن إن كان المتروك له فقيرا فلا ضمان على السلطان، وإن كان غنيا ضمن السلطان العشر بفقراء من بيت مال الخراج لبيت مال الصدقة اه.

قلت: وينبغي حله على ما إذا كان الغني من مستحق الخراج، وإلا فينبغي أن يضمن السلطان ذلك من ماله تأمل وقدمنا في باب العشر من الفخيرة مثل ما في البرازية وقال في الدر المنقي: ثم رأيت في البرجندی في بيان مصرف الجزية، وكذا لو جعل العشر للمقاتلة جاز لأنه، اه حصل بقوتهم اه فليحفظ وليكن التوضيح: أي يجعل القول بالمنع على غير المقاتلة والقول بالجواز عليهم:

قلت: لكن قوله لو جعل العشر للمقاتلة ليس صريحا في جعل عشر أراضهم تأمل (قوله وفي النهر) من هنا إلى قوله وفي الأشباه من كلام النهر (قوله يعلم من قول الثاني) أي يجوز ترك الخراج وهبته لمن هو مصرف له.

مطلب في أحكام الإقطاع من بيت المال

(قوله حكم الإقطاعات الخ) قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في كتاب الخراج، وللإمام أن يقطع كل موات وكل ماليس فيه ملك لأحد، ويعمل بما يرى أنه خير للمسلمين، وأعم نفعا وقال أيضا: وكل أرض ليست لأحد، ولا عليها أثر عمارة فأقطعها رجلا فعمرها، فإن كانت في أرض الخراج أدى عنها الخراج وإن كانت عشيرة ففيها العشر، وقال في ذكر القطائع إن عمر اصطنع أموال كسرى، وأهل كسرى، وكل من فرعن أرضه أو قتل في المعركة وكل مفيض ماء أو أجرة فكان عمر يقطع من هذا لمن أقطع، قال أبو يوسف: وذلك بمنزلة بيت المال الذي لم يكن لأحد، ولا في يد وارث فالإمام العادل أن يجوز منه ويعطى من كان له عناية في الإسلام، ويضع ذلك موضعه، ولا يجازي به فكذلك هذه الأرض، فهذا سبيل القطائع عندى في أرض العراق، وإنما صارت القطائع يؤخذ منها العشر لأنها بمنزلة الصدقة اه.

قلت: وهذا صريح في أن القطائع قد تكون من الموات، وقد تكون من بيت المال لمن هو من مصارفه، وأنه يملك رقبة الأرض، ولذا قال يؤخذ منها العشر، لأنها بمنزلة الصدقة، ويدل له قوله أيضا: وكل من أقطعه

والخراج له وحینئذ فلا یصح بیعه ولا هبته ، ولا وقفه . نعم له إجارته تخریجاً علی إجارة المستأجر ، ومن الخواص ، لو أقطعها السلطان له ولأولاده ونسله وعقبه ، علی أن من مات منهم انتقل نصیبه إلی أخیه ثم مات السلطان ، وانتقل من أقطع له فی زمن سلطان آخر ، هل یكون لأولاده ؟ لم أره ومقتضى قواعدهم لغاء التعليق

الولاية المهدیون أرضاً من أرض السواد وأرض العرب والجهال من الأصناف التي ذكرنا أن للإمام أن یقطع منها ، فلا یحل لمن یأتی بعدهم من الخلفاء أن یرد ذلك ، ولا یخرجه من ید من هو فی یده وارث أو شتر ، ثم قال : والأرض عندی بمنزلة المال فللإمام أن یجز من بیت المال من له عنه فی الإسلام ، ومن یقوی به علی العدو ویعمل فی ذلك بالذی یرى أنه خیر للمسلمین وأصلح لأمرهم ، وكذلك الأرضون یقطع الإمام منها من أحب من الأصناف اه فهذا یدل علی أن للإمام أن یعطى الأرض من بیت المال ، علی وجه التملیک لرقبتها كما یعطى المال ، حیث رأى المصلحة إدا لفرق بین الأرض والمال فی الدفع للمستحق فاغتم هذه الفائدة ، فإنی لم أر من صرح بها وإنما المشهور فی السکتب أن الإقطاع تملیک الخراج مع بقاء رغبة الأرض لبیت المال (قوله وحینئذ) أى حیث إذا كانت رقبته لبیت المال وهذا ظاهر ، وأما إدا كانت رقبته للمقطع له كما قلنا فلا شک فی صحة بیعه وبیعه وبیعه .

مطالب فی إجارة الجنیدی ما أقطع له الإمام

(قوله نعم له إجارته الخ) قال ابن نجیم فی رسالته فی الإقطاعات ، وصرح الشیخ قاسم فی فتوی رفعته له بأن الجنیدی أن یؤجر ما أقطع له الإمام ، ولا أن یجوز إخراج الإمام له أثناء المدة كما لا یجوز موت المؤجر فی أثناء المدة ، ولا لکونه ملک منفعة لافى مقابلة مال لاتفاقهم علی أن من صولح علی خدمة عبد سنة ، كان للمصالح أن یؤجره إلی غیر ذلك من النصوص الناطقة بإيجار مملکة من المنافع ، لافى مقابلة مال فهو نظیر المستأجر ، لأوه ملک منفعة الإقطاع بمقابلة استعداده لما أعد له وإذا مات المؤجر أو أخرج الإمام الأرض عن المقطع تنفسخ الإجارة لاتنقل الملك إلی غیر المؤجر ، كما لو انتقل الملك فی النظائر التي خرج علیها إجارة الإقطاع وهی إجارة المستأجر ، وإجارة العبد الذی صولح علی خدمته مدة وإجارة الوقوف علیه الغلة وإجارة العبد المأذون وإجارة أم الولد اه :

[تنبيه] المراد بهذه الإجارة إجارة الأرض للزراعة ، لكن إذا كان للأرض زراع ، واضعون أيديهم علیها ولم فیها حرث ، وکیس ونحوه مما یسمى کرداراً ویؤدون ماعلیها لاتصح إجارته لغيرهم ، أما إذا لم یکن لها زراع مخصوصون ، بل یواردها أناس بعد آخرون ویدفعون ماعلیها من خراج المقاسة ، فله أن یؤجرها لمن أراد لكن الواقع فی زماننا المستأجر یستأجرها لأجل أخذ خراجها لا للزراعة ویسمى ذلك التزاماً وهو غیر صحیح كما أتت به التحیر الرمی فی کتاب الوقف ، وكذا فی کتاب الإجارة فی عدة مواضع فراجع (قوله وانتقل من أقطع له فی زمن سلطان آخر) کذا فی عبارة التهر والظاهر أن قوله : انتقل یعنی مات ولو عبر به لکنان أولی (قوله هل یكون لأولاده) أى هل تصیر الأرض لأولاد المقطع له عملاً بقول السلطان ، ولأولاده فإنه یعنی إن مات عن أولاد فلأولاده من بعده فهو تعليق معنی :

مطالب فی بطلان التعليق بموت الملق

(قوله ومقتضى قواعدهم الخ) حاصل الجواب : أنها لا تكون لأولاده لبطلان التعليق المذكور بموت

السلطان الملق .

بعوت المعلق فتدبره ، ولو أقطعه السلطان أرضاً مواتاً أو ملكها السلطان ، ثم أقطعها له جاز وقفه لها والأرصاد من السلطان ليس بإيقاف البتة وفي الأشباه قبيل القول في الدين أفتى العلامة قاسم بصحة إجارة المقطع وأن للإمام أن يفرجه متى شاء ، وقيد ابن نجيم بغير الموات ، أما الموات فابيس للإمام إخراجها عنه ، لأنه تملكه بالإحياء فليحفظ

فصل في الجزية

مطلب في صحة تعليق التقرير في الوظائف

قال في الأشباه من كتاب الوقف : يصح تعليق التقرير في الوظائف أخذاً من تعليق القضاء ، والإمارة بجوامع الولاية ، فلو مات المعلق بطل التقرير ، فإذا قال القاضي إن مات فلان أو شغرت وظيفة كذا فقد قررتك فيها صح وقد ذكره في أنفع الوسائل تفقها وهو فقه حسن ١٨ :

أقول : قدم الشارح في فصل كيفية القسمة في التنفيل أنه يتم كل قتال في تلك السنة ، ما لم يرجعوا وإن مات الوالى أو عزل ما لم يمنعه الثاني ، ومقتضى هذا أن التعليق لا يبطل لموت المعلق ، فإن قوله من قتل قتيلاً فله سله فيه تعليق استحقاق السلب على القتل لكن قدما هناك عن شرح السير الكبير خلافه ، وهو أنه يبطل التنفيل بعزل الأمير وكذا بموته إذا نصب غيره من جهة الخليفة لا من جهة العسكر (قوله ولو أقطعه السلطان أرضاً مواتاً) أى من أراضي بيت المال حيث كان المقطع له من أهل الاستحقاق ، فيملك رقبته كما قدمناه أو من غير بيت المال ، والمراد بإقطاعه أنه له بإحيائها على قول أبى حنيفة من اشتراط إذنه بصحة الإحياء ، وهذا لا يختص بكون المحي مستحقاً من بيت المال بل لو كان ذمياً ملك ما أحياء (قوله أو ملكها السلطان) أى بإحياء أو شراء من وكيل بيت المال (قوله ثم أقطعها له) يعنى وهبها له (قوله جاز وقفه لها) وكذا يبيع ونحوه لأنه ملكها حقيقة (قوله والإرصاد الخ) الرصد الطريق ورصدته رصداً من باب قتل : قدمت له على الطريق ، وقعد فلان بالرصد كجعفر وبالرصاد بالكسر ، وبالرصد أيضاً أى بطريق الارتقاب والانتظار ، وربك لك بالرصاد : أى مراقبك ، فلا يخفى عليه شيء من فعالك ، ولا تفوته مصباح ومنه سمي لإرصاد السلطان بعض القرى ، والمزارع من بيت المال على المساجد والمدارس ، ونحوها لمن يستحق من بيت المال كالقراء والأئمة والمؤذنين ونحوهم ، كان ما أرصده قائم على طريق حاجاتهم مراقبها ، وإنما لم يكن وقفاً حقيقة لعدم ملك السلطان له ، بل هو تعيين شيء من بيت المال على بعض مستحقه فلا يجوز له بعده أن يغيره ويبدله كما قدما ذلك مبسوطاً (قوله بصحة إجارة المقطع) تقدم آنفاً وذكرنا عبارة العلامة قاسم والله سبحانه أعلم :

فصل في الجزية

هذا هو الضرب الثاني من الخراج ، وقدم الأول لقوته لوجوبه ، وإن أسلموا بخلاف الجزية ، أو لأنه الحقيقة إذ هو المتبادر عند الإطلاق ، ولا يطلق على الجزية إلا مقيداً : أى فيقال خراج الرأس ، وهذا أمانة الهجز ، وبنيت على فعلة دلالة على المينة التى هى الإذلال عند الإعطاء نهر : وتسمى جالية من جلوت عن البلد جلاء بالفتح والمخرجت وأجلت مثله ، والجالية الجساعة ، ومنه قيل لأهل اللغة الذين جلاهم عمر رضى الله عنه عن جزيرة العرب : الجالية ثم نقلت الجالية إلى الجزية التى أخذت منهم ، ثم استعملت في كل جزية تؤخذ ، وإن لم يكن صاحبها أجلى من وطنه

ہی لغة الجزاء ، لأنها جزت عن القتل والجمع جزى كلحية ولحى ، وهى نوعان (الموضوع من الجزية بصلح لا) بقدر ولا (بغير) تحزرا عن الفدر (وما وضع بعد ما قهروا وأقروا على أملاكهم بقدر فى كل سنة على فقير معتملى) بقدر على تحصيل التقدين بأى وجه كان يتابع ، وتكنى صحتة فى أكثر السنة هداية (اثنا عشر درهما) فى كل شهر درهم (وعلى وسط الحال ضعفه) فى كل شهر درهما (وعلى المكثّر ضعفه) فى كل شهر أربعة دراهم وهذا للتسهيل لا لبيان الوجوب لأنه بأول الحلول بنابة (ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا غنى ومن ملك مائتى

فقبل استعمل فلان على الحالية ، والجمع الجوالى مصباح ، فإطلاقها على الجزية مجاز بمرتبتين (قوله لأنها جزت عن القتل) أى قضت وكفت عنه فإذا قبلها سقط عنه القتل بحر : أو لأنها وجبت عقوبة على الكفر كما فى الهداية قال فى الفتح : ولهذا سميت جزية وهى والجزاء واحد وهو يقال على ثواب الطاعة وعقوبة المعصية (قوله والجمع جزى) وفى لغة جزيات مصباح (قوله لا يقدر ولا بغير) أى لا يكون له تقدير من الشارع ، بل كل ما يقع الصالح عليه يتعين ، ولا يتغير بزيادة ولا نقص درر وذلك كما صالح عليه الصلاة والسلام أهل نجران ، وهم قوم نصارى بقر بنين على أبى حنيفة فى العام ، وصالح عمر رضى الله تعالى عنه نصارى بنى تغلب ، على أن يؤخذ من كل واحد منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب ، فلزم ذلك وتقدم تفصيله فى الزكاة فتح (قوله وما وضع بعد ما قهروا الخ) هذا الوضع والتقدير لا يشترط فيه رضاهم كما فى الفتح (قوله على فقير معتملى) ظاهره أن القدرة على العمل شرط فى حق الفقير فقط لقوله الآتى : وفقير غير معتملى ، وليس كذلك بل هو شرط فى حق الكل ، ولذا قال فى البنابة وغيرها : لا يلزم الزمن منهم وإن كان مفرطا فى اليسار ، وكلما لو مرض نصف السنة ، كما فى شرح الزيلعى ، فلو حذف الفقير لكان أولى بحر : أى لو حذفه من قوله الآتى فيمن لا يوضع عليه الجزية ، وفقير غير معتملى بأن يقول وغير معتملى ليشمل الفقير وغيره . لا من قوله هنا على فقير معتملى كما فهمه فى النهر ، فاعترضه بأنه لو اقتصر على قوله ومعتملى لما أفاد اشتراط القدرة على العمل فى حق الغنى كيف وقد قابله به اه .

قلت . الاعتمال الاضطراب فى العمل وهو الاكتساب ، والمراد القدرة عليه حتى لو لم يعمل مع قدرته وجبت كمن عطل الأرض كما فى الفتح ، وقال قيد بالاكتساب لأنه لو كان مريضاً فى نصف السنة فصاعدا لا يجب عليه شيء اه . وبه ظهر أن التقييد بالاعتمال هنا واقع فى محله ، وأن قوله الآتى لا توضع على زمن وأعمى وفقير غير معتملى نصريح بمفهوم القيد هنا ، وأن عطف الفقير والأعمى على الزمن عطف خاص على عام ، لأن المراد بالزمن العاجز فلو اقتصر عليه لأغناه لشموله المعقير وغيره وقد يقال : إن غير المعتملى أعم ، لأنه يشمل ما إذا كان سالم الآلات صحيح البدن ، لكنه لا يقدر على الكسب لخروقه وعدم معرفته حرفة يكتسب منها ، وعلى هذا فتكون القدرة على العمل شرطاً فى الفقير فقط إذ لا شك أن غير الفقير توضع عليه إذا كان صحيحاً غير زمن ، ولا أعمى ، وإن لم يكن معتملاً بهذا المعنى المذكور فيتعين تفسير غير المعتملى بما ذكرنا ليندفع الاستدراك على عبارات المتن ، ثم رأيت فى القهستانى ما يؤيده حيث قال وفيه إشارة إلى أن الفقير هو الذى يعيش بكسب يده فى كل يوم ، فلو فضل على قوته وقوت عياله أخذت منه وإلا فلا وإلا أن غيره من لاجابة له إلى الكسب للنفقة فى الحال (قوله وهذا للتسهيل الخ) الإشارة إلى قوله فى كل شهر درهم وقوله فى كل شهر : درهما وقوله فى كل شهر : أربعة وفى القهستانى عن المحيط أنها تجب فى أوله عندهم لأن أجزاء القتل وبقد الدمة يسقط الأصل ، فوجب خلفه فى الحال إلا أنه يخاطب بأداء الكل عنده فى آخر الحلول تخفيفاً وبأداء قسط شهرين عند أبى يوسف آخرهما ، وقسط شهر عند محمد فى آخره اه ، ومثله فى التاترخانية فما ذكره الشارح تبعاً للهداية قول محمد .

درہم فصاعدا متوسط ومن ملك مادون المائتين أو لایملك شيئا فقير (قاله الكرخي ، وهو أحسن الأقوال ، عليه الاعتقاد بحر واعتبر أبو جعفر العرف ، وهو الأصح تفارخانية ، ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة

والحاصل : أنها تجب في أول العام وجوبا موسعا كالصلاة وإنما يجب الأداء في آخره أو في آخر كل شهرين أو شهر للتسهيل والتخفيف عليه (قوله واعتبر أبو جعفر العرف) حيث قال ينظر إلى عادة كل بلد في ذلك ، ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا يبايع بعد من المكثرين ، وفي البصرة وبغداد لا بعد مكثرا وذكره عن أبي نصر محمد بن سلام فتح (قوله وهو الأصح) صححه في الولوالجية أيضا قال في الدر المننقى : والصحيح في معرفة هؤلاء عرفهم ، كما في السكراني وهو المختار كما في الاختيار ، وذكره القهستاني ، واعترف في المنع تبعه البحر بأنه أي التحدید لم يذكر في ظاهر الرواية ، ولا يخفى أن الأول أي اعتبار العرف أقرب لرأى صاحب المذهب ، وأقره في الشربلابة وفي شرح المجمع وغيره ، وينبغي تفويضه الإمام أي كما هو رأى الإمام وفي التارخانية إنه الأصح فتبصر اه يعنى أن رأى الإمام أن المقدرات التي لم يرد بها نص لا تثبت بالرأى . بل تقوض إلى رأى المبني كما قال في الماء الكثير وفي غسل النجاسة وغير ذلك (قوله ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة الخ) قال في البحر ويبقى اعتبارها في أولها لأنه وقت الوجوب اه ورده في النهر بأنهم اعتبروا وجودها في آخرها ، لأنه وقت وجوب الأداء ، ومم ثم قالوا لو كان في أكثر السنة غنيا أخذ منه جزية الأغنياء ، أو فقيرا أخذت منه جزية الفقراء ولو اعتبر الأول أوجب إذا كان في أولها غنيا فقيرا في أكثرها أن يجب جزية الأغنياء وليس كذلك نعم الأكثر كالكل اه واعتبره محشي مسكين ، بأن ما أورده على اعتبار الأول مشترك الإلزام إذ هو وارد أيضا على اعتبار الآخر لافتقائه وجوب جزية الأغنياء إذا كان غنيا في آخرها فقيرا في أكثرها اه .

قلت : وحاصله أنه إذا كان المعبر الوصف الموجود في أكثر السنة فلا فرق بين كونه في أولها أو آخره وعلى هذا فن اعتبر آخرها أراد إذا كان ذلك الوصف موجودا في أكثرها ، وعلى هذا فلا اعتبار لخصوص الأول أو الآخر لكن سيذكر المصنف أن المعبر في الأهلية وعدمها وقت الوضع ، بخلاف الفقير إذا أبسر بعد الوضع حيث توضع عليه .

وحاصله على وجه يحصل به التوفيق بينه وبين اعتبار أكثر السنة أن من كان من أهلها وقت الوضع وضع عليه ، وذلك بأن يكون حرا مكلفا وإلا لم توضع عليه ، وإن صار أهلا بعده كما سيأتي ومن كان أهلا وقت الوضع لكن قام به عذر لم توضع عليه إلا إذا زال العذر بعده كالفقير إذا أبسر المريض إذا صح لكن بشرط أن يبقى من السنة أكثرها وعلى هذا يعتبر أول السنة لتعرف الأهل من غيره ، وبعد تحقق الأهلية لا يعتبر أولها في حق تغير الأوصاف ، بل يعتبر أكثرها فيه كما إذا كان مريضا في أولها ، فإن صح بعده في أكثرها وجبت ، وإلا فلا وكذا لو كان فقيرا غير معتمل ، ثم صار فقيرا معتملا أو متوسطا أو غنيا في أكثرها ، وعلى هذا يحمل ما في الولوالجية وغيرها من أن الفقير لو أبسر في آخر السنة أخذت منه اه أي إذا أبسر أكثرها ، وعلى هذا عكسه بأن كان غنيا في أولها فقيرا في آخرها اعتبر ما وجد في أكثرها ، لكن ما مر من اه يؤخذ في كل شهر قسط يؤخذ من كان غنيا في أولها شهرين مثلا قسط شهرين دون الباقي لما في القهستاني عن المحط ، يسقط الباقي في جزية السنة إذا صار شيخا كبيرا أو فقيرا أو مريضا نصف سنة أو أكثر اه ، وأشار إلى أن مانقص عن نصف سنة لا يجعل علوا ولذا قال في الفتح : إنما يوظف على المعتمل إذا كان صحيحا في أكثر السنة والا فلا جزية عليه لأن الإنسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عفرا وهو مانقص عن نصف العام اه هذا ما ظهر لي

فتح لأنه وقت وجوب الأداء نهر (وتوضع على كتابي) يدخل في اليهود السامرة لأنهم يدينون بشريعة موسى عليه الصلاة والسلام ، وفي الصاري الفرنج والأرمن وأما الصابئة في الثانية تؤخذ منهم عنده خلافا لهما (وعجوسى) ولو عربيا لوضع عليه الصلاة والسلام على مجوس حجر (ووثى عجمى) لجواز استرقاقه فجاء ضرب الجزية عليه (لا) على وثى (عربى) لأن المعجزة في حقه أظهر فلم يعثر (ومرتد) فلا يقبل منها إلا الإسلام أو السيف ولو ظهرنا عليهم فساؤهم وصبيانهم في

في تحجر هذا المحل والله تعالى أعلم (قوله وتوضع على كتابي) أى ولو عربيا فتح والكتابى من يعتقد ديننا سناويا أى منزلا بكتاب كاليهود والنصارى (قوله السامرة) فاعل يدخل وهم فرقة من اليهود وتخالف اليهود في أكثر الأحكام . ومنهم السامرى الذى وضع العجل وعبيده مصباح (قوله والأرمن) نسبة على خلاف القياس إلى إرميلية بكسر المعزة والميم بينهما راء ساكنة وفتح الياء الثانية بعد التون وهى ناحية بالروم كاتى المصباح (قوله تؤخذ منهم عنده خلافا لهما) أى بناء على أنهم من النصارى أو من اليهود فهم من أهل الكتاب عنده وعندنا يعبدون الكواكب ، فليسوا من الكتابيين بل كمبدة الأوثان كما في الفتح والنهر .

قال ح أقول : ظاهر كلامهم إن الصابئة من العرب إذ لو كانوا من العجم لما تآنى الخلاف لما علمت أن العجمى تؤخذ منه الجزية ولو مشركا هـ .

قلت : ويؤيده ما نقله السامحاني عن البدائع من أنه عندها تؤخذ منهم الجزية إذا كانوا من العجم لأنهم كمبدة الأوثان هـ (قوله وعجوسى) من يعبد النار فتح (قوله على مجوس حجر) بفتح حى قال في الفتح بلدة في البحرين اهـ وفي المصباح : وقد أطلقت على ناحية بلاد البحرين وعلى جميع الإقليم ، وهو المراد بالحديث اهـ . وفيه أيضا البحران على لفظ الثانية موضع بين البصرة وعمان وهو من بلاد نجد (قوله ووثى عجمى) الوثن ما كان منقوشا في حائط ولا شخص له والصنم ما كان على صورة الإنسان والصليب ما لا نقش له ولا صورة ولكنه يعبد منع عن السراج ومثله في البحر لكن ذكر قبله الوثن ماله جنة من خشب أو حجر أو فضة أو جوهر يذبح له ، والجمع أوثان وكانت العرب تنصبها وتعبدها اهـ وفي المصباح الوثن الصنم سواء كان من خشب أو حجر أو غيره اهـ : والعجمى خلاف العربى (قوله لجواز استرقاقه الخ) وإنما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان ، مع جواز استرقاقهم لأنهم صاروا أتباعا لأصولهم في الكفر ، فكانوا أتباعا في حكمهم فكانت الجزية عن الرجل وأتباعه في المعنى ، إن كان له أتباع وإلا فهى منه خاصة فتح (قوله لأن المعجزة في حقه أظهر) لأن القرآن نزل بانتمهم فكان كفرهم والحالة هذه أغلظ من كفر العجم فتح وأورد في النهر : أن هذا يشمل ما إذا كان كتابيا اهـ : أى فيخالف ما مر من أنها توضع عليه :

قلت : والجواب أنه وإن شمله لكن خص بقوله تعالى - مو الذين أوتوا الكتاب - اهـ ثم رأيت في اثر بلالية (قوله فلا يقبل منهما) أى من العربى الوثنى والمرتد إلا الإسلام ، وإن لم يسلموا قتل بالسيف وفي الدر المنقى عن البرجندى أن نسبة القبول إلى السيف مساعة (قوله ولو ظهرنا عليهم فساؤهم وصبيانهم في) لأن أبا بكر رضى الله تعالى عنه استرق نساء بنى حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الفائزين هداية قال في الفتح : إلا أن ذرارى المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذرارى عبدة الأوثان لا يجبرون اهـ : أى وكذا نساؤهم والفرق أن ذرارى المرتدين تبع لهم فيجبرون مثلهم وكذا نساؤهم لسبق الإسلام منهم :

(وصی وامرأة وصید) ومکاتب ومدبر وابن أم ولد (وزمن) من زمن یزید زمانة نقص بعض أعضائه أو تمطل قواء فدخل المفلوج والشیخ العاجز (وأعی وقبر غیر معتمل وراهب لا یخالط) لأنه لا یقتل والجزیة لإسقاطه وجزم الحدادی بوجوبها ونقل ابن کمال أنه القیاس ومفاده أن الاستحسان بخلافه فتأمل (والمعتبر فی الأهلیة) للجزیة (وعدهما وقت الوضع) فمن أفاق أو عتق أو بلغ أو برئ بعد وضع الإمام لم یوضع علیه

مطلب الزندق إذا أخذ قبل التوبة یقتل ولا تؤخذ منه الجزیة

[تنبیہ] قال فی الفتح قالوا لو جاء زندق قبل أن يؤخذ فأخبر بأنه زندق وتاب تقبل توبته ، فإن أخذ ثم تاب لا تقبل توبته ویقتل لأنهم باطنیة یعتمدون فی الباطن خلاف ذلك فیقتل ولا تؤخذ منه الجزیة اهـ وصیائی فی باب المرتد أن هذا التفصیل هو المفتی به ، وفی القهستانی ولا یوضع علی المبتدع ، ولا یسترق وإن کان کاهراً لکن یباح قتله إذا أظهر بدعته ، ولم یرجع عن ذلك وتقبل توبته وقال بعضهم : لا تقبل توبة الإباضیة والشیعة والقرامطة والزنادقة من الفلاسفة ، وقال بعضهم : إن تاب المبتدع قبل الأخذ والإظهار . نقل وإن تاب بعدهما لا تقبل كما هو قیاس قول أبی حنیفة كما فی التمهید السالمی اهـ قال فی الدر المنقی : واعتمد الأخبار صاحب التنویر (قوله وصی) ولا یجنون فتح (قوله وامرأة) إلا نساء بنی تغلب فلنأخذ من نسائهم كما تؤخذ من رجالهم لوجوبه بالصالح كذلك كما سیأتی (قوله وابن أم ولد) صورته استولد جاریة لها ولد قد ملکه معها فإن الولد یقیح أمه فی الحریة والتدبیر والاستیلاء .

[تنبیہ] : قال فی الدر المنقی سقط من نسخ الهدایة لفظ ابن وتبعه القهستانی ، بل زاد وأمة ولا یبمی وب من المعلوم أن لاجزیة علی النساء الأحرار ، فكیف بأُم الولد وإما المراد ابن أم الولد (قوله وقبر غیر معتمل) تقدم الکلام علیه (قوله لأنه لا یقتل البخ) الأصل أن الجزیة لإسقاط القتل فمن لا یجب قتله لا یوضع علیه الجزیة إلا إذا أعانوا برأی أومال فتجب الجزیة كما فی الاختیار و غیره درمنقی وقهستانی (قوله وجزم الحدادی بوجوبها) أی إذا قدر علی العمل حیث قال قوله : ولا علی الرهبان الذین لا یخالطون الناس ، هذا محمول علی أنهم إذا كانوا لا یقدرون علی العمل أما إذا كانوا یقدرون فعلیهم الجزیة ، لأن القدرة فیهم . ووجوده ، وهم الذین ضیعوها فصار كعتیل أرض الخراج اهـ وبه جزم فی الاختیار أيضاً كما فی الشرنبلالیة قال فی التهر : وجعله فی الخانیة ظاهر الروایة حیث قال ویؤخذ من الرهبان والقسسین فی ظاهر الروایة وعن محمد أنها لا تؤخذ اهـ (قوله ونقل ابن کمال أنه القیاس) فیه نظر لأنه قال فی شرح قوله : ولا علی راهب لا یخالط فأما الرهبان ، وأصحاب الصوامع الذین یخالطون الناس فقال محمد کان أبو حنیفة یقول بوضع الجزیة إذا کانوا یقدرون علی العمل ، وهو قول أبی یوسف قال عمرو بن أبی عمر قلت لمحمد فما قولك ؟ قال القیاس ما قال أبو حنیفة : کذا فی شرح القدوری للأقطع اهـ .

وبه علم أن هذا فی الخاط على أن هذه الصیفة من محمد تفید اختیار قول أبی حنیفة ولا تنفید أن مقابله هو الاستحسان الذی یقدم علی القیاس ، ووجه كونه هو القیاس أننا لو ظهرنا علی دار الحرب لنا أن نقتل الراهب الخاط بخلاف غیر الخاط وقد مر أن من لا یقتل لا یوضع الجزیة علیه وهذا القیاس ، هو مفهوم ماجری علیه أصحاب المتون فیکون هو المذهب وامر عن الخانیة یمکن حمله علیه ، فلا یلزم أن یکون المصنف مشی علی خلاف ظاهر الروایة فافهم (قوله لم یوضع علیه) لأن وقت الوجوب أول السنة عند وضع الإمام ، فإن الإمام یحدد الوضع عند رأس کل سنة لتغیر أحوالهم ببلوغ الصبی وعتق العبد ، وغیرهما فإذا احتلم وعتق العبد بعد

(بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع حيث توضع عليه) لأن سقوطها لعجزه وقذف اختيار (وهي) أى الجزية ليست رضا منا بكفرهم كما طعن الملاحدة بل إنما هي (عقوبة) لهم على إقامتهم (على الكفر) فإذا جاز إهمالهم للاستدعاء إلى الإيمان بدونها فيها أولى ، وقال تعالى - حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون - وأخذها عليه الصلاة والسلام من مجوس هجر ونصارى نجران وأقرهم على دينهم ثم فرغ عليه بقوله (فتسقط بالإسلام) ولو بعد تمام السنة ، ويسقط المعجل لسنة لالستين ، فيرد عليه سنة خلاصة (والموت والتكرار) للتداخل كما سيبيح (و) بالعمى والزمانة وصبرورته)

الوضع فقد مضى وقت الوجوب ، فلم يكونا أهلا للوجوب ولو الجلية (قوله بخلاف افقير) أى غير المعتمل إذا أيسر بالعمل فلها توضع عليه ط (قوله لأن سقوطها لعجزه) لأن الفقير أهل لوضع الجزية كما في الاختيار : أى لكونه حرا مكلفا لكنه معذور بالفقر فإذا زال أخذت منه لكن إن بقى من الحول أكثره على ما قدمنا نحرره (قوله كما طعن الملاحدة) أى الطاعنين (١) في الدين قال في المصباح لحد الرجل في الدين لحدوا ولحد لحداد طعن (قوله إنما هي عقوبة لهم) ولأنها دعوة إلى الإسلام بأحسن الجاهات ، وهو أن يسكن بين المسلمين فيرى محاسن الإسلام ، فيسلم مع دفع شره في الحال فهتاني (قوله فإذا جاز إهمالهم) أى تأخيرهم بلا جزية للاستدعاء إلى الإيمان أى لأجل دعائهم إليه بمحاربتهم وقتالهم بدونها فيها أولى أى فإهمالهم للاستدعاء إلى الإيمان بالجزية أولى ، لأن محالطتهم بالمسلمين ورؤيتهم حسن سيرتهم تدعوهم إلى الإسلام كما علمت ، فيحصل المقصود بلا قتال فيكون أولى ، هذا ما ظهر لي في تقرير كلامه وقد صرح أبو يوسف في كتاب الخراج بأنه لا يجوز ترك واحد بلا جزية فعلم أن المراد ما قررناه فتأمل (قوله وقال تعالى الخ) لاجابة إلى سوق الدليل النقل هنا ، لأن الملاحدة ، عترض على مشروعية هذا الحكم من أصله (قوله ونصارى نجران) بلدة من بلاد همدان من اليمن مصباح ، وفي الفتح : روى أبو داود عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال : صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على أن يأتى حلة النصف في صفر والنصف في رجب (قوله ثم فرغ عليه) أى على كونها عقوبة على الكفر (قوله ولو بعد تمام السنة) يجب أن تحمل البعدي على المقارنة لتمام لأنه لو أسلم بعد تمام بمدة فالسقوط بالتكرار قبل الإسلام لا بالإسلام اهـ .

قلت : لكن تحقق التكرار بدخول السنة الثانية فيه بخلاف كما تعرفه (قوله ويسقط المعجل) على تقدير مضاف أى يسقط رده ، فالسقوط هنا عن الإمام لاعتنه بخلاف الواقع في المتن (قوله فيرد عليه سنة) أى لو عجل لستين لآله أدى خراج السنة الثانية ، قبل الوجوب ، فيرد عليه أما لو عجل لسنة في أولها فقد أدى خراجها بعد الوجوب قال في الوالوجية : وهذا على قول من قال بوجوب الجزية في أول الحول كما نص عليه في الجامع الصغير ، وعليه الفتوى (قوله والموت) أى ولو عند تمام السنة في قولهم جميعا كما في الفتح (قوله والتكرار) أى بدخول السنة ولا يتوقف على ضمها في الأصح كما يأتي قريبا وسقوطها بالتكرار قول الإمام ، وعندهما لا تسقط كما في الفتح (قوله وبالعمى والزمانة الخ) أى لو حدث شيء من ذلك ، وقد بقى عليه شيء لم يؤخذ كما في الوالوجية ، والخالية أى لو بقى عليه شيء من أقساط الأشهر ، وكذا لو كان لم يدفع شيئا لكن قدسنا عن القهستاني عن المحيط تقييد سقوط الباقي بما إذا دامت هذه الأعداد نصف سنة فأكثر ، ومثله ما ذكره الشارح أول الفصل عن الهداية فافهم : هذا وفي التتارخانية قال في المتن : قال أبو يوسف : إذا أغنى عليه أو أصابته

(١) قوله (أى الطاعنين) مذكرا بضم والاصوب الطاعنون كما لا يخفى اهـ مصححه .

فقیراً أو (مقدراً أو شیخاً کبیراً لا یتطیع العمل) ثم بین التکرار فقال (واذا اجتمع علیہ حولان تدخلت والأصح سقوط جزية السنة الأولى بدخول) السنة (الثانية) زیاهی لأن الوجوب بأول الحول بعكس خراج الأرض (ویسقط الخراج) (ب) الموت فی الأصح حاوی وب(التداخل) کالجزية (وقیل لا) یسقط کالعشر وینفی ترجیح الأول لأن الخراج عقوبة بخلاف العشر بحر . قال المصنف وعزاه فی الخاتمة لصاحب المذهب فكان هو المذهب وفيها لا یحیل أکل الفلة حتی یؤدی الخراج (ولا قبل من الذمی لو بعثها علی بدائیه) فی الأصح (بل یکلف أن یأتی بنفسه ، فیعطها قائماً ، والقابض منه قاعد) هداية ویقول :

زمانة وهو موسر أخذت منه الجزية قال الإمام الحاکم أبو الفضل علی هذه الرواية بشرط للأخذ أهلية الوجوب فی أول الحول وعلی رواية الأصل شرطها من أوله إلى آخره اهـ ملخصاً .

قلت : وحاصله أنه علی رواية المتن یشترط وجود الأهلية فی أوله فقط فلا یضر زوالها بعده وعلی رواية الأصل یشترط عدم زوالها ، وهو مامشی علیہ المصنف وليس المراد عدم الزوال أصلاً بل المراد أن لا یتستمر العذر نصف سنة فأكثر ، فلا یبانی ما رد فندبر (قوله لا یتطیع العمل) راجع لقوله فقیراً وما بعده (قوله والأصح الخ) وقیل لابد من مضي الثانية لیتحقق الاجتماع (قوله بعكس خراج الأرض) فإذ وجوبه بآخر الحول لأن به یتحقق الانتفاع (قوله ویسقط الخراج) أي خراج الأرض (قوله وقیل لا) حرم به فی المتن (قوله بحر) أقره فی التمر أيضاً (قوله وعزاه فی الخاتمة) حیث قال : فإن اجتمع الخراج لم یؤد سین عد أبي حنيفة یؤخذ بخراج هذه السنة ، ولا یؤخذ بخراج السنة الأولى ، ویسقط ذلك عنه كما قال فی الجزية . ومنهم من قال لا یسقط الخراج بالإجماع ، بخلاف الجزية ، وهذا إذا عجز عن الزراعة ، فإن لم یعجز یؤخذ بالخراج عند الكل اهـ .

قلت : وقد ترك المصنف والشارح هذا القید وهو العجز عن الزراعة أي فی السنة الأولى ، وعلی هذا علا محل لذكر الخراج هنا ، لأنه لا یجب إلا بالتمكن من الزراعة ، فإذا لم یجب لا یقال إنه سقط ، ویظهر أن الخلاف المذكور نقضی بحمل القول الأول علی ما إذا عجز ، والثانی علی ما إذا لم یعجز إذ لا یتأنی الوجوب مع العجز كما مر فی الباب السابق ، ولذا قال : فإن لم یعجز یؤخذ بالخراج عند الكل ، وعلی هذا فلم یبق فی المسألة قولان ، لكنه خلاف الظاهر من كلامهم ، فإن الخلاف محکی فی كثير من الكتب ، وقد علمت أنه لا یتأنی الخلاف مع العجز فالظاهر أن الخلاف عند عدمه ، وعلیه فالمناسب إسقاط هذا القید ، ولذا ذكر فی الخاتمة هذه فی المسألة فی باب العشر بدونه ، ولم يذكر أيضاً القول الثانی ، فانقضی كلامه اعتماد قول الإمام : إنه لا یؤخذ بخراج السنة الأولى لكن فی الهندية عن الخیط ذكر صدر الإسلام عن أبي حنيفة روايتين ، والأصحیح أنه یؤخذ اهـ . وجزم به فی المتن كما قدسنا ، وبه ظهر أن كلا من القولین مروی عن صاحب المذهب ، والمصرح بتصحيحه عدم السقوط ، فكان هو المعتمد ، ولذا جزم به فی متن المتن وذكر فی العناية الفرق بینہ وبين الجزية بأن الخراج فی حالة البقاء مؤنة من غیر التفتات إلى معنى العقوبة ، ولذا لو شرى مسلم أرضاً خراجية لم یؤد خراجها ، فجاز أن لا یتداخل بخلاف الجزية فإنها عقوبة ابتداء وبقاء والعقوبات تتداخل اهـ وبه اندفع ما فی البحر (قوله وفيها الخ) أي فی الخاتمة ، ومحل ذكر هذه المسألة الباب السابق ، وقد ذكرها فی باب العشر وقدسنا الكلام علیها (قوله فی الأصح) أي من الروایات لأن قبولها من الثابت یفوت بالمأمور به من إذلاله عند الإعطاء قال تعالى — حتی یعطوا الجزية عن ید وهم صاغرون — فتح (قوله والقابض منه قاعد) وتكون ید المؤدی أسفل وید القابض أعلى هندية (قوله ویقول الخ) هذا فی الهدایة أيضاً لكن لم یجزم به كما فعله الشارح

أعط باعدو الله ، ويصفعه في عنقه لا با كافر ، ويأثم القاتل إن أذاه به قتية (ولا يجوز أن يحدث بيعة، ولا كنيسة ولا صومعة ، ولا بيت نار، ولا مقبرة) ولا صنما حاوى (في دار الإسلام) ولو قرية في المختار فتح

بل قال وفي رواية يأخذ بتليبيه ويهزه هذا ويقول أعط الجزية يا ذى اه ومفاده عدم اعتمادها وفي غاية البيان والتليب بالفتح ماعلى موضع اللب من الثياب ، والللب موضع القلادة من الصدر (قوله يا عدو الله) كذا في غاية البيان والذي في الهداية والفتح والتبيين يا ذى (قوله ويصفعه في عنقه) الصنع أن يبسط الرجل كفه فيضرب بها قفا الإنسان أو بدنه ، فإذا قبض كفه ثم ضربه فليس بصنع بل يقال ضربه بجمع مصباح ، وما ذكره من الصنع نقله في التارخانية ، ونقله أيضا في النهر عن شرح الطحاوى ، وقد حكاه بعضهم بقيل (قوله لا با كافر) مفاده المنع من قول يا عدو الله بل ومن الأخذ بالتليب والمز والصنع إذ لا شك بأنه يؤذيه ولهذا رد بعض المحققين من الشافعية ذلك بأنه لأصل له في السنة ولا فعله أحد من الخلفاء الراشدين (قوله ويأثم القاتل إن أذاه به) مقتضاه أنه يجوز لأرتكاب الإثم بحر ، وأقره المصنف ، لكن نظر فيه في النهر :

قلت : ولعل وجه ما مر في يافاسق من أنه هو الذى ألقى الشين بنفسه قبل قول القاتل أفاده الشارح في التخریط . قلت : لكن ذكرنا الفرق هناك فافهم :

مطلب في أحكام الكنائس والبيع

(قوله ولا يجوز أن يحدث) بضم الياء وكسر الدال وفاعله الكافر ومفعوله بيعة كما يقتضيه قول الشارح ، ولاصفا. وفي نسخة : ولا يحدثوا أى أهل الذمة اه ح ومن الإحداث نقلها إلى غير موضعها كما في البحر وغيره ط (قوله بيعة) بالكسر معبد النصارى واليهود ، كذلك الكنيسة إلا أنه غلب البيعة على معبد النصارى ، والكنيسة على اليهود فهستأى . وفي النهر وغيره : وأهل مصر يطلقون الكنيسة على متعبدىها ويضعان اسم الديار معبد النصارى .

قلت : وكذا أهل الشام در متقى والصومعة بيت يبنى برأس طويل ليتعبد فيه بالانقطاع عن الناس بحر (قوله ولا مقبرة) عزاه المصنف إلى الخلاصة ، ثم ذكر ما يخالفه عن جواهر الفتاوى ثم قال : والظاهر الأول ، ومن ثم عولنا عليه في المختصر .

مطلب لا يجوز إحداث كنيسة في القرى ومن أفنى بجواز فهو مخطئ ويحجر عليه

(قوله ولو قرية في المختار) نقل تصحيحه في الفتح عن شرح شمس الأئمة السرخسى والإجازات ثم قال : إنه المختار ، وفي الوهبانية إنه الصحيح من المذهب الذى عليه المحققون إلى أن قال : فقد علم أنه لا يملح الإفتاء بالإحداث في القرى لأحد من أهل زماننا بعد ما ذكرنا من التصحيح ، والاجتهاد الفتوى ، وأخذ عامة المشايخ ولا يلتفت إلى فتوى من أفنى بما يخالف هذا ، ولا يملح العمل به ولا الأخذ بفتواه ، ويحجر عليه في الفتوى ، ومنع لأن ذلك منه مجرد إتباع هوى النفس وهو حرام لأنه ليس له قوة الترجيع ، لو كان الكلام مطلقا فكيف مع وجود النقل بالترجيح والفتوى فتنبه لذلك ، والله الموفق :

مطلب تهديم الكنائس من جزيرة العرب ولا يكون من سكانها

قال في النهر : والخلاف في غير جزيرة العرب ، أما هي فيمتنعون من قراها أيضا ونهر ولا يجمع دينان في جزيرة العرب اه :

(ويعاد المہدم) ای لا اہدمہ الإمام، بل ما تہدم أشباهہ فی آخر الدعاء برفع الطاعون

قلت : الکلام فی الإحداث مع أن أرض العرب لاتقر فیہا کنیسۃ ولو قدیمۃ فملا س إحدائہا لأنہم لایمکنون من السکنی بہا للحديث المذكور كما بآی وقد بسطہ فی الفتح وشرح السیر الکبیر وتقدم تحدید جزیرۃ العرب أول الباب المار .

مطلب فی بیان أن الأمصار ثلاثة و بیان إحداث السکنائس فیہا

[تنبیہ] فی الفتح : قیل الأمصار ثلاثة مامصرہ المسلمون ، کالکوفۃ ، والبصرۃ وبغداد ، وواسط ، ولا یجوز فیہ إحداث ذلك إجماعا ، وما فتحة المسلمون عنوة فهو كذلك ، وما فتحوه صلحا فإن وقع علی أن الأرض لم حاز الإحداث وإلا فلا إلا إذا شرطوا الإحداث اہ ملخصا وعلیہ فقوله : ولا یجوز أن یحدثوا مقید بما إذا لم یقع الصالح علی أن الأرض لم أو علی الأحداث ، لكن طاهر الروایۃ أنه لاستثناء فیہ كما فی البحر والنہر :

قلت : لكن إذا صالحهم علی أن الأرض لم فلهم الإحداث إلا إذا صار مصرا للمسلمین بعد فلتهم یمنعون من الإحداث بعد ذلك ، ثم لو تحول المسلمون من ذلك المصر إلا نغرا یسیرا فلهم الإحداث أيضا ، فهو رجوع المسلمون إلیہ لم یهدموا ما أحدث قبل عودهم كما فی شرح السیر الکبیر ، وكذا قوله وما فتح عنوة فهو كذلك لیس علی إطلاقہ أيضا بل هو فیما قسم بین الغائبین أو صار مصرا للمسلمین ، فقد صرح فی شرح السیر بأنه لو ظهر علی أرضهم وجعلهم ذمة لایمنعون من إحداث کنیسۃ لأن المنع مختص بأمصار المسلمین التي تقام فیہا الجمع والحدود ، فلو صارت مصرا للمسلمین ، نعموا من الإحداث ، ولا تترك لم الكنائس القدیمۃ أيضا كما لو قسمها بین الغائبین لكن لانہم ، بل یجعلها مساکن لم لأنها مملوكة لم ، بخلاف ما صالحهم علیہا قبل الظهور علیہم ، فإنه یترك لم القدیمۃ یمنعون من الأحداث بعد ما صارت من أمصار المسلمین اہ ملخصا .

مطلب لو اختلفنا معهم فی أنها صاحبة أو عنویۃ فإن وجد أثر وإلا تركت بأیدیہم

[تنمۃ] لو كانت لم کنیسۃ فی مصر فادعوا أنا صالحناہم علی أرضہم ، وقال المسلمون : بل فتحت عنوة وأراد منعہم من الصلاة فیہا وجعل الحال لطول العهد سأل الإمام الفقہاء ، وأصحاب الأخبار فإن وجد أثر اعل بہ ، فإن لم یجد أو اختلف الآثار جعلها أرض صلح ، وجعل القول فیہا لأهلہا ، لأنها فی أیدیہم وهم متمسکون بالأصل وتمامہ فی شرح السیر (قوله وبعاد المہدم) هذا فی القدیمۃ التي صالحناہم علی إبقائها قبل الظهور علیہم قال فی المدايۃ لأن الأبنیۃ لاتبقى دائما ولما أقرہم الإمام قد عہد إلیہم الإعادة إلا أنہم لایمکنون من نقلها لأنه إحداث فی الحقیقۃ اہ .

مطلب إذا هدمت الکنیسۃ ولو بغير وجه لآجوز إعادتها

(قوله أشباه) حیث قال فی فائدة نقل السبکی الإجماع علی أن الکنیسۃ إذا هدمت ولو بغير وجه لآجوز إعادتها ذكرہ السیوطی فی حسن المحاضرة :

قلت : یستنبط منہ أنها إذا قُلت ، لانتفع ولو بغير وجه كما وقع ذلك فی عصرنا بالقاهرة فی کنیسۃ بحارة زویلة نقلها الشیخ محمد بن إلیاس قاضی القضاۃ ، فلم یفتح إلی الآن حتی ورد الأمر السلطانی بفتحها فلم یتجاسر حاکم علی فتحها ، ولا ینافی ما نقلہ السبکی قول أصحابنا یعاد المہدم لأن الکلام فیہا ہدمہ الإمام لا فیہا تہدم فلیأمل اہ :

(من غير زيادة على البناء الأول) ولا يعدل

قال الخبير الرملي في حواشي البحر أقول : كلام السبكي عام فيها هدمه الإمام وغيره في كلام الأشياء يخص الأول ، والذي يظهر ترجيحه العموم لأن العلة فيها يظهر أن في إعادتها بعد هدم المسامحين استخفافا بهم ، وبالإسلام وإحداكم وكسرا لشوكهم ، ونصرا للكفر وأهله غاية الأمر أن فيه افتياتا على الإمام فيلزم فاعله التعزير كما إذا أدخل الخريف بغير إذنه يصح أماته ويعزر لافتيائه ، بخلاف ما إذا هدموها بأنفسهم فلإنها تعاد كما صرح به علماء الشافعية وقواعدا لا تباين لعدم العلة التي ذكرناها فيستثنى من عموم كلام السبكي اه .

مطلب ليس المراد من إعادة المنهدم أنه جائز تأمرهم به بل المراد تركهم وما يدينون
[تنبيه] ذكر الشرنبلالي في رسالة في أحكام الكنائس عن الإمام السبكي أن معنى قولهم لا نمنعهم من الترميم ليس المراد أنه جائز تأمرهم به بل بمعنى تركهم وما يدينون فهو من جملة المعاصي التي يقرون عليها كشراب الخمر وسجود ولا يقول : إن ذلك جائز لهم ، فلا يحل للسلطان ولا للناضئ أن يقول لهم افعلوا ذلك ولا أن يعينهم عليه ، ولا يحل لأحد من المسلمين أن يعمل لهم فيه ، ولا يخفى ظهوره وموافقه لقواعدا .

مطلب لم يكن من الصحابة صالح مع اليهود
ثم نقل عن ابن السكيت في كنيسة لليهود ما حاصله : أن الصحابة رضی الله تعالى عنهم عند فتح النواحي لم يكن منهم صالح مع اليهود أصلا اه .

قلت : وهذا ظاهر فإن البلاد كانت بيد النصارى ، ولم تزل اليهود مضروبة عليهم الذلة ، ثم رأيت في حاشية شيخ مشايخي الزهني كتب عند قول الشارح في خطبة الإمام بجامع بني أمية مانصه : ثم نقض أهل الذمة عهدهم في وقعة التمار وقتلوا عن آخرهم فكنا نسمي الآن موضوعة بغير حق اه .

مطلب مهم حادثة الفتوى في أخذ النصارى كنيسة مهجورة لليهود
ورؤخذ من هذا حكم حادثة الفتوى الواقعة في عام ثمانية وأربعين بعد المائتين والألف قريبا من كتابي لهذا اجل ، وهي أن كنيسة لفرقة من اليهود تسمى اليهود القرايين مهجورة من قديم لفقده هذه الفرقة وانقطاعهم في دمشق ، فحضر يهودي غريب هو من هذه الفرقة إلى دمشق ، فدفع له النصارى دراهم معلومة ، وأذن لهم في بابها ، وأن يجعلوها معبدا لهم ، وصدق لهم على ذلك جماعة من اليهود لقوة شوكة النصارى في ذلك الوقت ، وبلغني أن الكنيسة المذكورة في داخل حارة لليهود مشتملة على دور عديدة وأن مراد النصارى شراء الحارة المذكورة وإدخالها للكنيسة ، وطلبوا فتوى على صحة ذلك الإذن ، وعلى كونها صارت معبدا للنصارى ، فامتنت من الكتابة .

مطلب فيما أفتى به بعض المتهورين في زماننا
وقلت : إن ذلك غير جائز فكنت لم بعض المتهورين طمعا في عرض الدنيا أن ذلك صحيح جائز ، فقويت بذلك شوكتهم ، وعرضوا ذلك على ولي الأمر ليأذن لهم بذلك حيث وافق غرضهم الحكم الشرعي ، بناء على ما أفتاهم به ذلك المفتي (ولا أدري) ما ينول إليه الأمر وإلى الله المشتكى .

(۱) قوله (ولا أدري الحج) قلت : آلي الأمر منذ سنة إلى أن شرعوا في عمارتها على أحسن ما أوردوا مع غضب أماكن حوطا أعدوها من المسلمين فهرا ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .

عن النقص الأول إن كفى وتعامه في شرح الوهبانية

ومستندى فيما قلته أمور : منها معاملته من أن اليهود لأعهد لهم ، فالظاهر أن كمالهم القديمة أقرت مساكن لأعباد ، فتبقى كما أقيمت عليه ، وما علمته أيضا من أن أهل الدمة تقضوا عهدهم لقتلهم المساكين مع التنازل الكفار فلم يبق لهم عهد في كمالهم ففي موضوعه الآن بغير حق ، وبأن قريبا عهد قوله وسب النبي صلى الله عليه وسلم أن عهد أهل الدمة في الشام مشروط بأن لا يحدوا بيعة ، ولا كنيسة . ولا يشتروا مسلح ولا يصرون . وأهم إن خالده فلا دمة لهم .

ومنها : أن هذه كنيسة مهجورة انقطع أهلها وتعطلت عن الكفر فيها فلا يجوز الإغارة على تحييد الكفر فيها ، وإعانة على ذلك بالقدر الممكن حيث تعطلت عن كفر أهلها .

وقد نقل الشربلالي في رسالته عن الإمام القرافي أنه أفتى بأنه لا يعاد ما أنهدم من الكنائس وإن من سوء على ذلك فهو راض بالكفر والرضا بالكفر كفر أه فتعوز بالله من سوء المقلب .

ومنها : أن عداوة اليهود للنصارى أشد من عداوتهم لنا ، وهذا الرضا والتعديق - شئ من حوهم من النصارى لقوة شوكتهم كما ذكرناه .

ومنها : أنها إذا كانت معينة لفرة خاصة ليس لرحل من أهل تلك الفرة أن يصرفها إلى جهة أخرى . وكان الكفر ملة واحدة عندنا كمدرسة . وقوفة على الحفنة مثلا لا يثبت أحد أن يجعلها لأهل المذهب آخر وإن اتحدت الملة .

ومنها : أن الصلح العمري الواقع حين الفتح مع النصارى إنما وقع على إبقاء ما بعدهم لاقى كانت هم ذلك ومن جملة الصلح معهم كما علمته أنفا أن لا يحدوا كنيسة ولا صومعة ، وهذا إحداد كنيسة لم تكن لهم بلا شك ، واتفقت مذاهب الأئمة الأربعة على أنهم يمنعون عن الإحداد كما بسطه الشربلالي بقله بصوص أئمة المذاهب ولا يلزم من الإحداد أن يكون بناء حادثا ، لأنه نص في شرح السير وغيره على أنه لو أرادوا أن يتحدوا ببيتهم معدا للسكنى كنيسة يجمعون فيه يجمعون منه لأن فيه معارضة للمسلمين وازدراء بالدين أه أى لأنه زيادة معدم عارضوا به عباد المسلمين ، وهذه الكنيسة كذلك جعلاها معدما لم حادثا فاقى به ذلك المسكين حالف فيه إجماع المسلمين ، وهذا كله مع قطع النظر عما قصدوه من عمارتها بأنقاض جديدة وزيادتهم فيها فلأنها لو كانت كنيسة لهم يجمعون من ذلك بإجماع أئمة الدين أيضا ولا شك أن من أفتاهم وساعدهم وقوى شوكتهم بحشى عليه سوء الخاتمة والعياذ بالله تعالى (قوله عن النقص) بالضم ما انتفض من البيان قاموس (قوله وتعامه في شرح الوهبانية) ذكر عبارته في النهر حيث قال : قال في عقد الفرائد : وهذا أى قولهم من غير زيادة يفيد أنهم لا يبنون ما كان بأدي بالآجر ، ولا ما كان بالآجر بالبحر ولا ما كان بالجريد ، وخشب النخل والنق والساج ولا يباض لم يكن : قال : ولم أجد في شئ من الكتب المعتمدة أن لا تعاد إلا بالنقص الأول وكون ذلك مفهوم الإعادة شرعا ولغة غير ظاهر عندى على أنه وقع في عبارة محمد يبنوننا وفي إجارة الخانية بعمروا وليس فيها ما يشعر باشتراط النقص الأول .

مطلب في كيفية إعادة المنهدم من الكنائس

وفي الحواشي القدسي : وإذا أنهدمت البيع والكنائس لنوى الصلح لإعادتها بالبن والطين إلى مقدار ما كان قبل ذلك ، ولا يزيدون عليه ، ولا يشيدونها بالحجر والشيد والآجر ، وإذا وقف الإمام على بيعة جديدة أو بى منها فوق ما كان في القديم خربها وكذا مازاد في عمارتها العتيقة أه ومقتضى النظر أن النقص الأول حيث وحد

وأما القديمة فترك مسكننا في الفتحة ومعبدنا في الصلحية بحر خلافا لما في القهستانی فنبه (ويميز الذي عنا في زي)
بالكسر لباسه وهيئته ومركبه وسرجه (فلا يركب خيلا) إلا إذا استعان بهم الإمام لمحاربة وذبح عنا ذخيرة
وجاز بغل كحمار تارخانية وفي الفتحة وهذا عند المتقدمين واختار المتأخرون أنه لا يركب أصلا

كافيا للبناء الأول لا يعدل عنه إلى آلة جديدة إذ لا شك في زيادة الثاني على الأول حينئذ اه (قوله وأما القديمة الخ)
مقابل قوله : ولا يحدث بيعة ولا كنيسة ، وكان الأولى ذكره قبل قوله ويعاد المنهدم لأن إعادة المنهدم إنما هي
في القديمة دون الحادثة (قوله في الفتحة) أراد بها المفتوحة عنوة بقرينة مقابلتها بالصلحية (قوله بحر) عبارته
قال في فتح القدير : وأعلم أن البيع والكنائس القديمة في السواد لا تهدم على الروايات كلها ، وأما في الأمصار
فاختلف كلام محمد ، فذكر في العشر والخراج تهدم القديمة وذكر في الإجارة لا تهدم ، وعمل الناس على هذا
إننا رأينا كثيرا منها توالى عليها أئمة وأزمان . وهي باقية لم يأمر إمام بهدمها ، فكانا متوارثا من عهد الصحابة وعلى
هذا لو مصرنا بركة فيها أو كنيسة فوق داخل السور ، ينبغي أن لا يهدم لأنه كان مستحقا للأمان قبل وضع السور
فيحمل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك ، فلما كانت قضاء فأدار العبيدون عابها السور ، ثم فيها الآن
كنائس ويعد من إمام تمكين الكمار من إحداثها جهارا وعلى هذا أيضا فللكنائس الموضوعه الآن في دار الإسلام
غير جزيرة العرب كلها ينبغي أن لا تهدم لأنها إن كانت في الأمصار قديمة ، فلا شك أن الصحابة أو التابعين حين
فتحوا المدينة علموا بها وبقواها ، وبعد ذلك ينظر فإن كانت البلدة فتحت عنوة حكمتا بأنهم بقوا بها ساكنين لمعابد
فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب ، وإن عرف أن فتحت صلحا حكمتا بأنهم أقروها بمعابد فلا
يمنعون من ذلك فيها بل من الإطهار اه :

قلت : وقوله فوق داخل السور ينبغي أن لا يهدم ظاهره أنه لم يره ، ويقولوا وقد صرح به في الذخيرة وشرح
السير ، وقوله : وبعد ذلك ينظر الخ قدمنا ما لو اختلف في أنها فتحة أو صلحية ولم يعلم من الآثار والأخبار
تبقى في أيديهم (قوله خلافا لما في القهستانی) أي عن التهمة من أنها في الصلحية تهدم في المواضع كلها في
جميع الروايات .

مطلب في تمييز أهل الذمة في الملأ

(قوله ويميز الذي الخ) حاصله : أنهم لما كانوا غالطين أهل الإسلام . فلا بد من تمييزهم هناك لا يعامل
معاملة المسلم من التوقير والاحلال . وذاك لا يجوز وربما يموت أحدهم فجأة في الطريق ولا يعرف فيصل عليه ،
وإذا وجب التمييز وجب أن يكون بما فيه صفار لا إعزاز لأن إدا لم لازم بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب
يكون منه بل المراد انصافه بهيئة وضعية فتح (قوله ومركبه) مخالفة الهيئة فيه إنما تكون إذا ركبوا من جانب واحد
وغالب ظني أني سمعته من الشيخ الأخ كذلك نهر .

قلت : وهو كذلك ففي رسالة العلامة قاسم في الكنائس ، وقد كتب حرر إلى أمراء الأجناد أن يحتضروا أهل الذمة
بالرصاص ويركبوا على الأكف عرضا (قوله وسلاحه) تبع فيه الدور وهو مناف لقوله تبعاً لغيره من أصحاب
الفتن ، ولا يحمل سلاح إلا أن يحمل على ما إذا استعان بهم الإمام أو المراد من تمييزه في سلاحه بأن لا يحمل
سلاحا ، وهو بعيد تأمل (قوله إلا إذا استعان بهم الإمام الخ) لكنه يركب في هذه الحالة باكاف لا بسرج
كما قال بعضهم نهر (قوله وذبح) بالذال المعجمة أي دفع وطرد العدو (قوله وجاز بغل) أي إن لم يكن فيه
حر وشرف وتعامه في شرح الوهبانية (قوله وهذا) أي يجوز ركوبه بغل أو حمار وكان ينبغي تأخير هذه الجملة

إلا لضرورة وفي الأشباه. والمعتمد أن لا يركبوا مطلقا ولا يلبسوا العمائم وإن ركب الحمار لضرورة نزل في المجامع (ويركب سرجا كالأكف) كالبرذعة في مقدمة شبه الرمانة (ولا يعمل بسلاح ويظهر الكسيتيج) فارسي معرب الزنار من صوف أو شعر، وهل يلزم تمييزهم بكل العلامات خلاف أشباه. والصحيح إن فتحها عنوة ملة ذلك وإلا فعل الشرط تنازعانية (ومنع من لبس العمامة) ولو زرقاء أو صفراء على الصواب نهر ونحوه في البحر واعتمده في الأشباه كما قدمناه وإنما تكون طويلة سوداء (و) من (زنار)

كلها عن قوله ويركب سرجا كالأكف (قوله إلا لضرورة) كما إذا خرج إلى قرية أو كان مريضا فتح (قوله والمعتمد أن لا يركبوا) كتب بعضهم هنا أن الصواب يركبون بالنون، كما هو عبارة الأشباه لعدم الناصب والحارم وأن مخففة من الثقيلة واسمها ضمير الشأن. أقول: هذا التصويب خطأ محض، لأن المخففة من الثقيلة التي لا تنصب المضارع شرطا أن تقع بعد فعل اليقين أو ما ينزل منزلة نحو - علم أن سيكون - فلا يرون أن لا يرجع - وهذه أبست كذلك بل هي المصدرية الناصبة نحو - وأن تصوموا خير لكم - (قوله مطلقا) أي واو حمارا (قوله في المجامع) أي في مجامع المسلمين إذا مر بهم فتح (قوله كالأكف) بضمين جمع لكف مثل حمار وحمر مصباح فكأن الأولى التعبير بالأكاف المفرد (قوله كالبرذعة) بدل من قوله كالأكف قال في المصباح البرذعة بالذال والدال حارس يعمل تحت الرحل والجمع البراذع هذا هو الأصل. وفي عرف زماننا هي للحمار ما يركب عليه بكرة لسرج للفرس اه فالمراد هنا المعنى العرفي لا اللغوي (قوله ولا يعمل بسلاح) أي لا يستعمله ولا يحمله لأنه عز وكل ما كان كذلك يمنعونه عنه.

قلت: ومن هذا الأصل تعرف أحكام كثيرة درمتني (قوله ويظهر الكسيتيج) بضم الكاف وبالجيم كما في القهستاني فارسي معرب معناه العجز والذل كما في الهر، فيشمل الفلنسة والزنار والتعل لوجود الذل فيها، ولقوله في البحر وكسيتجات التصاريق فلسوة سوداء من اللبد مضربة وزنار من الصوف اه فتعبيره بخصوص الزنار بيان لبعض أنواعه اه (قوله الزنار) بوزن نضاح وجمعه زنائر مصباح، وفي البحر عن المعرب أنه خيط عديط بقدر الأصبع يشده الذي فوق ثيابه. قال القهستاني وينبغي أن يكون من الصوف أو الشعر وأن لا يجعل له حلقة تشده كما يشد المسلم المنطقة بل يعلقه على اليمين أو الشمال كما في المحيط (قوله ولو زرقاء أو صفراء) أي خلافا لما في الفتح من أنه إذا كان المصود العلامة يعتبر في كل بلدة متعارفها، وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة فالمرم التصاريق بالأزرق واليهود بالأصفر، واختص المسلمون بالأبيض. قال في النهر: إلا أنه في الظهيرية قال: وأما لبس العمامة والزنار الإبريسم فجفاء في حق أهل الإسلام، وكسرة قلوبهم وهذا يؤذن بمنع التمييز بها، ويؤيده ما ذكره في التنازعانية حيث صرح بمنعهم من القلائس الصفراء، وإنما تكون طويلة من كرباس مصبوغة بالسواد مضربة مبطنة، وهذا في العلامة أولى وإذا عرف هذا فنعلم من لبس العمامة هو الصواب الواضح بالتبيين فأيد الله سلطان زماننا، ولسعاده أبد ولكه شيد وأمره مدد إذ منعهم من لبسها اه.

قلت: وهذا هو الموافق لما ذكره أبو يوسف في كتاب الخراج من إلزامهم لبس القلائس الطويلة المضربة، وأن عمر كان يأمر بذلك ومن منعهم من لبس العمامة

[تنبيه] قال في الفتح وكذا تؤخذناؤهم بالزى في الطرق فيجعل على ملالة اليهودية خرقه صفراء وعلى النصرانية زرقاء وكذا في الحمامات اه أي فيجعل في أعناقهم طوق الحديد كما في الاختيار قال في الدر المنثور: وسيجيء أن اللحية في النظر إلى المسلمة كالرجل الأجنبية في الأصح فلا تنظر أصلا إلى المسلمة فليقتنه لذلك اه ومفاده منعهم من دخول حمام فيه مسلمة، وهو خلاف المفهوم من كلامهم هنا تأمل (قوله وإنما تكون طويلة سوداء)

الإبريسم والثياب الفاخرة المختصة بأهل العلم والشرف (كصوف مربع وجوخ وبيع وأبراد رقيقة ومن استكتاب ومباشرة يكون بها معظما عند المسلمين وتماه في الفتح . وفي الخاوى : وينبغي أن يلازم الصغار فيما يكون بينه وبين المسلم في كل شيء وعليه فيمنع من القعود حال قيام المسلم عنده بحر . ويحرم تعظيمه ، وتكره مصافحته ، ولا يبدأ بسلام إلا الحاجة ولا يزداد في الجواب على عليك ويضيق عليه في المرور ويجعل على داره علامة وتماه في الأشياء من أحكام الذي . وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي : ويمتنع من استيطان مكة والمدينة لأنهما من أرض العرب قال عليه الصلاة والسلام لا يجتمع في أرض العرب دينان ، ولو دخل لتجارة جاز ولا يظليل . وأما دخوله المسجد الحرام فذكر في السير الكبير المنع ، وفي الجامع الصغير عدمه والسير الكبير آخر تصنيف محمد رحمه الله تعالى

ظاهره أن الضمير للعمامة وليس كذلك بل هو القلنوسة ، لأن المقصود منعمهم من العمامة ولو غير طويلة وإلراهم بالقلنوسة الطويلة كما علمته فكان الصواب أن يقول : إنما يلبس قلنوسة طويلة سوداء والقننوسة هي التي يدخل فيها الرأس ، والعمامة ما يدار عليها من منديل ونحوه (قوله الإبريسم) بكسر المعزة والراء وفتح السين وهو الحرير قال في المصباح : الحريرة واحدة الحرير وهو الإبريسم (قوله كصوف مربع) أهله الفرجية فإنه الآن من خصوصيات أهل القرآن والعلم ط (قوله وأبراد رقيقة) البرد نوع من الثياب مخطط كما في النهاية (قوله وتماه في الفتح) حيث قال . بل ربما يقف بعض المسلمين خدعة لم خوفوا من أن يقعوا خطره منه ، فيسبى به عدد مستكثبه سعاية توجب له منه الضرر ثم قال : وتجعل مكابهم خشنه فاسدة اللون ولا يلبسوا طيالة كطيالة المسلمين ولا أردية كأرديتهم هكذا أمروا وانفقت الصحابة على ذلك اه وقال أيضا ولاشك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار اه .

قلت : وفي هذه السة في البلاد الشامية استأمدت اليهود والنصارى على المسلمين والله ذو القائل :

أحبائنا نوب الزمان كثيرة وأمر منارفة السفهاء
فتى ينفق الدهر من سكراته وأرى اليهود بذلة الفقهاء

(قوله وينبغي أن يلازم الصغار) أي الذلل والمهوان ، والظاهر أن ينبغي هنا بمعنى يجب قال في البحر : وإذا وجب عليهم إظهار الذلل والصغار مع المسلمين وجب على المسلمين عدم تعظيمهم لكن قال في الذخيرة : إذا دخل يهودي الحمام إن خدمه المسلم طعاما في قلوبه فلا بأس به ، وإن تعظيها له فإن كان يميل قلبه إلى الإسلام فكذلك وإن لم ينو شيئا مما ذكرنا كره وكذا لو دخل ذي على مسلم فقام له لييل قلبه إلى الإسلام فلا بأس وإن لم ينو شيئا أو عظمه لغناه كره اه قال الطرسوسي : وإن قام تعظيها لذاته وما هو عليه كفر لأن الرضا بالكفر كفر فكيف بتعظيم الكفر اه .

قلت : وبه علم أنه لو قام له خوفا من شره ، فلا بأس أيضا بل إذا تحقق الضرر ، فقد يجب وقد يستحب على حسب حال ما يتوقمه (قوله ويضيق عليه في المرور) بأن يلجئه إلى أضيق الطريق ، وصيغة الفتح ويضيق عليهم في الطريق (قوله ويجعل على داره علامة) لئلا يقف سائل فيدعوه بالمغفرة أو يعامله في التضرع معاملة المسلمين فصح (قوله لأنهما من أرض العرب) أفاد أن الحكم غير مقصور على مكة والمدينة ، بل جزيرة العرب كلها كذلك كما عبر به في الفتح وغيره وقد تناهت عندها ، والحديث المذكور قاله عليه الصلاة والسلام في مرضه الذي مات فيه كنا أخرجه في الموطأ وغيره وبسطه في الفتح (قوله ولا يظليل) فيمنع أن يظليل فيها المكث حتى يصخذ فيها مسكنا لأن حاكم في المقام في أرض العرب مع التزام الجزية كحالم في غيرها بلا جزية وهناك لا يجتمعون مع التجارة ، بل

فالظاهر أنه أورد فيه ما استقر عليه الحال انتهى ، وفي الخاتمة تميز نساؤهم لاعتبارهم بالكسبيج (الذي إذا اشترى داراً) أي أراد شراءها (في المصر لا ينبغي أن تباع منه فلو اشترى يجبر على بيعها من المسلم) وقيل لا يجبر إلا إذا كثر دور .

قلت : وفي معروضات المفتي أبي السعود من كتاب الصلاة مثل عن مسجد لم يبق في أطرافه بيت أحد من المسلمين وأحاط به الكفرة فكان الإمام والمؤذن فقط لأجل وظيفتهما يذهبان إليه فيؤذان ويصليان به فهل تحمل لعم الوظيفة ؟ فأجاب بقوله : تلك البيوت تأخذها المسامون بقيمتها جبراً على الفور وقد ورد الأمر الشريف السلطاني بذلك فالحاكم لا يؤخر هذا أصلاً ، وفيها من الجهاد ، وبعد أن ورد الأمر الشريف السلطاني بعدم استخدام الدين للعباد والجواري لو استخدم ذمياً عبداً أو جارية ماذا يلزمه ؟

من إطالة المقام فكذا في أرض العرب شرح السير وظاهره أن حد الطول سنة تأمل (قوله فالظاهر أنه أورد فيه ما استقر عليه الحال) أي فيكون المنع هو المعتمد في المذهب :

قلت : لكن الذي ذكره أصحاب المتون في كتاب الخطر والإباحة أن الذي لا يمنع من دخول المسجد الحرام وغيره وذكر الشارح هناك أن قول محمد والشافعي وأحمد المنع من المسجد الحرام . فالظاهر أن ما في سير الكبير هو قول محمد وحده دون الإمام ، وأن أصحاب المتون على قول الإمام . ومعلوم أن المتون موصوفة بنقل ما هو المذهب ، فلا يعدل عما فيها على أن الإمام السرخسي ذكر في شرح السير الكبير أن أبا سفيان جاء إلى المدينة . ودخل المسجد ، ولذلك قصة قال فهذا دليل لنا على مالك رحمه الله تعالى بمنعه المشرك ، من أن يدخل شياً من المساجد ثم قال : إن الشافعي قال بمنع من دخول المسجد الحرام خاصة للآية - إنما المشركون نجس - فأما عندنا لا يمنعون كما لا يمنعون عن دخول سائر المساجد ويستوى في ذلك الحربي والذي ألح (قوله وفي الحاشية أتبع) كان الأولى تقديمه على مسألة الاستيطان ثم إن ظاهرها أن نساءهم تميز بالكسبيج دون العبيد مع أنه ليس في عهده الخاتمة ذكر النساء أصلاً ، ونسبها : ولا يؤخذ عبيد أهل الذمة بالكسبيجات ، وهكذا نقله عنها في البحر والهر وعبارة النهر قالوا ويجب أن تميز نساؤهم أيضاً عن نساؤنا في الطرقات والحمامات وفي الخاتمة ولا يؤخذ عبيد أهل الذمة بالكسبيجات اهـ .

مطلب في سكنى أهل الذمة المسلمين في مصر

(قوله الذي إذا اشترى داراً الخ) قال السرخسي في شرح السير فإن مصر الإمام في أراضيهم للمسلمين كما مصر عمر رضي الله عنه البصرة والكوفة ، فاشترى بها أهل الذمة دوراً وسكنوا مع المسلمين ، لم يمنعوا من ذلك فإنما قبلنا منهم عقد الذمة - ليقيموا على محاسن الدين ، فعسى أن يؤمنوا واختلاطهم بالمسلمين والسكن معهم يحقق هذا المعنى ، وكان شيخنا الإمام شمس الأئمة الحلواني يقول : هذا إذا قلوا وكان بحيث لا تتعطل جماعات المسلمين ولا تتفعل الجماعة بسكنائهم بهذه الصفة فأما إذا كثروا على وجه يؤدي إلى تعطيل بعض الجماعات أو تقليلها منعوا من ذلك وأمروا أن يسكنوا ناحية ليس فيها للمسلمين جماعة ، وهذا محفوظ عن أبي يوسف في الأمالي اهـ (قوله أي أراد شراءها) إنما فسر هذا بقوله بعد لا ينبغي أن تباع منه هـ (قوله وقيل لا يجبر إلا إذا كثر) نقله في البحر عن الصغرى بعد أن نقله عن الخاتمة ، بلا تقييد بالكثرة ، ولكن لم يعبر عنه بقيل ، ولا ينبغي أن هذا التقييد يصلح توفيقاً بين القولين وهذا قول شمس الأئمة الحلواني كما علمت آتفاً ومشى عليه في الوهابة وشرحها ، وكذا قال

فأجاب : يلزمه التعزیر الشديد والحبس فی الحاتية : ویؤمرون بما كان استخفافا لهم وكذا تمیز دورهم عن دورنا انتهى فلیحفظ ذلك (وإذا تكارى أهل الدمة دورا فیا بین المسلمین لیسكنوا فیها) فی المصر (جاز) لعود نفعه إلینا ولبروا تعاملنا فیسلموا (بشرط عدم تقلیل الجماعات لسكرانهم) شرطه الإمام الحلواني (فإن لزم ذلك من سكرانهم أمروا بالاعتزال عنهم والسكنی بناحية لیس فیها مسلمون) وهو محفوظ عن أبی یوسف یمر عن النخيرة ، وفی الأشباه : واختلف فی سكرانهم بیننا فی المصر والمعتمد الجواز فی محلة خاصة انتهى ، وأقره المصنف وغيره ، لكن رده شیخ الإسلام جوی زاده ، وجزم بأنه فهم خطأ فكانه فهم من الناحية المحلة ، ولیس كذلك فقد صرح الترمذی فی شرح الجامع الصغیر بعد ما نقل عن الشافعی أنهم یؤمرون ببیع دورهم فی أمصار المسلمین وبالحروج عنها ، وبالسكنی خارجها لئلا یكون لهم محلة خاصة

الجبر الرئی إن الذی یجب أن یعول علیه التفصیل ، فلا نقول بالمنع مطلقا ولا بعدمه مطلقا بل یدور الحكم علی القلة والكثرة والضرر والمنفعة وهذا هو الموافق للقواعد الفقهية فتأمل اه (قوله فأجاب الخ) هذا الجواب مبني علی احتیاط الحلواني وغيره قال ط : ولم یجب عن المسئول عنه وجوابه أنها یمسحان الوظيفة لقیامهما بالعمل اه .

قلت : ولما تركه لظهوره ونتیجها علی ما هو الأهم فهو من أسلوب الحكم كما فی قوله تعالى - یسألونك عن الأهلة - الآیة (قوله فی الحاتية الخ) ای والاستخدام المذكور ینافی الاستخفاف (قوله وإذا تكارى الخ) شروع فی الكراء بعد الفراغ من الشراء ، وظاهر كلام المصنف الفرق بینهما ، وهو مبني علی القول بالجبر علی البیع مطعنا وقد علمت أن الممول علیه القول بالتفصیل ، فلا فرق بین الكراء والشراء بل أصل العبارة المذكورة إنما هو فی الشراء كما نقلناه آنفا عن السرخسی (قوله فی المصر) الظاهر أنه غیر قید بعد اعتبار الشرط المذكور (قوله لیس فیها مسلمون) هو فی معنى ما مر من قوله لیس فیها للمسلمین جماعة لأن من شأن المسلمین إقامة الجماعة (قوله لكن رده الخ) وعبارته كما رأیته فی حاشية الحموی وغيرها قوله فی محلة خاصة ، هذا اللفظ لم أجده لأحد ، وإنما الموجود فی الكتب أن الجواز مقید بما ذكره الحلواني بقوله هذا إذا قلوا یبحث لا تعطل بسبب سكرانهم جماعات المسلمین ، ولا تنقل أما إذا تعطلت أو تقلت ، فلا یمكنون من السكنی فیها ، ویسكنون فی ناحية لیس فیها للمسلمین جماعة ، فكان المصنف فهم من الناحية المحلة ، ولیس كذلك بل قد صرح الترمذی فی شرح الجامع الصغیر بعد ما نقل عن الشافعی أنهم یؤمرون ببیع دورهم فی أمصار المسلمین ، والحروج عنها وبالسكنی خارجها لئلا تكون لهم منعة كنعة المسلمین بمنعهم عن أن تكون لهم محلة خاصة حیث قال بعد ما ذكرناه نقلا عن النسفی ، والمراد ای بالمنع المذكور عن الأمصار أن یكون لهم فی المصر محلة خاصة یسكنونها ولهم فیها منعة كنعة المسلمین فأما سكرانهم بینهم وهم مقهورون فلا كذلك اه :

قلت : وقوله بمنعهم متعلق بقوله صرح وقوله : حیث قال أبی الترمذی وحاصل كلامه أن المحلة من محلة المصر مع أن الحلواني قال : لا یمكنون من السكنی فیها ای فی المصر ویسكنون فی ناحية الخ فهو صریح بأنه إذا لزم تقلیل الجماعة یسكنون فی ناحية خارجة عن المصر فهمی غیر المحلة ، وصریح كلام الترمذی ایضا منعهم عن أن یكون لهم محلة خاصة فی المصر وإنما یسكنون بینهم مقهورین ، یعنی إذا لم یازم تقلیل الجماعة ، فنحصل من مجموع كلام الحلواني والترمذی : أنه إذا لزم من سكرانهم فی المصر تقلیل الجماعة أمروا بالسكنی فی ناحية خارج المصر ، لیس فیها جماعة للمسلمین وإن لم یلزم ذلك یسكنون فی المصر بین المسلمین مقهورین لا فی محلة خاصة فی المصر لأنه یلزم منه أن یكون لهم فی مصر المسلمین منعة كنعة المسلمین ، بسبب اجتماعهم فی محلهم فافهم (قوله أنهم یؤمرون)

نقلا عن النفس ، والمراد أى بالمنع المذكور عن الأمصار أن يكون لهم فى المصر محلة خاصة يسكنونها ولهم فيها منعة عارضة كمنعة المسلمين فلما سكنوا بينهم وهم مقهورون ، فلا كذلك كذا فى فتاوى الإسكوى فليحذر

مفعول نقل ط (قوله نقلا) حال من فاعل صرح بثأويل اسم الفاعل اه ح (قوله والمراد) الأوضح أن يقول بأن المراد ، ويكون متعلقا بصرح ط (قوله ولم فيها منعة) الواو للحال والمنعة بفتح التون جمع مانع أى جماعات يمنعونهم من وصول غيرهم إليهم أفاده ح وقوله : عارضة صفة منعة وعروضها إنما هو بسبب اجتماعهم فى محلة خاصة وقوله فأما سكنائهم المخمالة أى أن سكنائهم بين المسلمين ، لافى محلة خاصة بل متفرقين بينهم وهم مقهورون لهم فلا كذلك أى فلا يكون مجموعا .

مطلب فى منهم عن التعلل فى البناء على المسلمين

[تنبيه] قال فى الدر المنقى وكذا يمنعون عن التعلل فى بنائهم على المسلمين ومن المساواة عند بعض العلماء .
يقى القديم كما فى الوهبانية وشروحها وفى المنظومة المحبة :

ويمنع الذى من أن يسكننا أو أن يحل منزلا على البناء
إن كان بين المسلمين يسكن بل أهل ذمة على ما بينوا اه

قلت : ومقتضى النظم الذى ذكره المنع ولو البناء قديما لأنه علن المنع على السكنى لأعلى أهمية فى البناء لكن سئل فى الخبرية عن طلبة اليهودى راكية على بيت لمسلم ، يريد المسلم منعه من سكنائها . ومن اتقى عليه فأجاب بأنه ليس للمسلم ذلك فقد جاوروا إياه دار الذى العالية ، على دار المسلم وسكنائها إذا ملكها ما لم يهدم فإنه لا يهدمها عالية كما كانت ، ومن صرح بذلك ابن الشحنة فى شرح النظم الوهبانى وكثير من علماءنااه وذكر فى جواب سؤال آخر أنه إذا كان التعلل للتحفظ من اللصوص ، لا يمنع منه لأنهم نصوا على أنهم ليس لهم رفع بنائهم على المسلمين وعلة المنع مقيدة بالتعلل على المسلمين ، فإذا لم يكن ذلك بل للتحفظ ، فلا يمنعون كما هو ظاهر اه وقال قارىء الهداية فى فتاواه : أهل الذمة فى المعاملات كالمسلمين فما جاز للمسلم فعله فى ماله جار لهم ومالا فلا وإعما يمنع من تعلية بنائه إذا حصل لجاره ضرر كمنع ضوء وهواء قال : هذا هو ظاهر المذهب ، وذكر القاضى أبو يوسف فى كتاب الخراج أن القاضى منعهم من السكنى بين المسلمين ، بل يسكنون متعزلين قال قارىء الهداية : وهو الذى أفتى به أنا اه أى لأنه إذا كان له منعهم من السكنى بيننا ، فله منعهم من التعلل بالأولى ، وذكر فى جواب آخر لا يجوز لهم أن يعلا بنائهم على بناء المسلمين : ولا أن يسكنوا دارا عالية البناء بين المسلمين بل يمنعون أن يسكنوا محلات المسلمين اه . وهذا ميل منه إلى ما نقله عن أبي يوسف ، وأفتى به أولا أيضا والظاهر أن قوله هذا هو ظاهر المذهب ، يرجع إلى قوله أهل الذمة فى المعاملات كالمسلمين ، ولما كان لا يلزم منه أن يكونوا مثلهم فيما فيه استعلاء على المسلمين أفتى فى الموضوعين بالمنع لما قدمه الشارح عن الخاوى من أنه يتبى أن يلزم الضمان فيما يكون بينه وبين المسلمين فى كل شئ ، ولا يتبى أن استعلاءه فى البناء على جيرانه المسلمين بخلاف الضمان ، بل بحث فى الفتح أنه إذا استعمل على المسلمين حل للإمام قتله ، ولا يتبى أن لفظ استعمل يشمل ما بالقول وما بالفعل وهذا التقدير اندفع ما ذكره فى الخبرية مخالفا لما قدمناه عنه من قوله : إن ما أفتى به قارىء الهداية من ظاهر المذهب ، أفتى مدركا للحديث الشريف الموجب ، لكونهم لهم مالنا وعليهم ما علينا ، فإن قارىء الهداية لم يفت به بل أفتى فى الموضوعين بخلافه كما سمعت : والحديث الشريف لا يفيد أن لهم مالنا من العز والشرف ، بل فى المعاملات

(وينتقض عهدهم بالغلبة على موضع للحرب أو باللاحاق بدار الحرب) زاد في الفتح أو بالامتناع عن قبول الجزية (أو يجعل نفسه طليعة للمشرکین) بأن يبعث ليطلع على أخبار العدو، فلو لم يبعثوه لذلك لم ينتقض عهده وعاهيه يحمل كلام المحيط (وصار) الذي في هذه الأربع صور (كالمرتد) في كل أحكامه (إلا أنه) لو أسر (يسترق) والمرتد يقتل (ولا يجبر على قبول الذمة) والمرتد يجبر على الإسلام (لا) ينتقض عهده (بقوله نقضت العهد) زيلعي (مخلاف الأمان) للحري، فإنه ينتقض بالقول بحر (ولا بالإبقاء عن) أداء (الجزية)

من العقود ونحوها للأدلة الدالة على إلزامهم الصغار وعدم التمرد على المسالمين، وصرح الشافعية بأن منعهم عن التعلل واجب، وأن ذلك لحق الله تعالى وتعظيم دينه فلا يحل برضا الجار المسلم له وقواعدنا لا تأباه فقد مر أنه يحرم تعظيمه، ولا يخفى أن الرضا باستعلائه تعظيم له هذا ما ظهر في هذا المحل والله تعالى أعلم؛

مطلب فيما ينتقض به عهد الذي ومالا ينتقض

(قوله وينتقض عهدهم الخ) لأنهم بذلك صاروا حربا علينا وعقد الذمة ما كان إلا لدفع شر حوابهم فيعبر عن الفائدة فلا يبقى ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده فتح (قوله بالغلبة على موضع) أي قرية أو حصن فتح وقوله للحرب أي لأجل حربنا، وفي بعض النسخ للحراب بزيادة الألف واحتوز بالغلبة المذكورة عما لو كانوا مع أهل البغي يصيرونهم على القتال، فإنه لا ينتقض عهدهم كما ذكره الزيلعي وغيره في باب البغاة (قوله أو باللاحاق بدار الحرب) لا يبعد أن يقال انتقله إلى المكان الذي تغلبوا فيه كانتقاله إلى دار الحرب بالاتفاق، إن لم يكن ذلك المكان مواجا لدار الإسلام: أي بأن كان متصلا بدار الحرب وإلا فعل قولنا كما في الفتح (قوله أو بالامتناع عن قبول الجزية) أي بخلاف الامتناع عن أدائها على ما يأتي، لكن الامتناع عن قبولها إنما يكون عند ابتداء وضعها وهو حينئذ لم يكن له عهد ذمة، حتى ينتقض، وبممكن تصويره فيمن دخل في عهد الذمة تبعا ثم صار أهلا كالحضون والصبي، فإذا أفاق أو بلغ أول الحول توضع عليه فإذا امتنع انتقض عهده أفاده (قوله أو يجعل نفسه طليعة للمشرکین) هذا مما زاده في الفتح أيضا لكن لم يذكره هنا، بل ذكره في النكاح في باب نكاح المشرک (قوله بأن يبعث ليطلع الخ) صورته أن يدخل مسافرا ويقوم سنة، وتضرب عليه الجزية وقصده التمسك على المسلمين ليخبر العدو ط (قوله فلو لم يبعثوه) بأن كان ذميا أصليا وطرا عليه هذا القصد ط (قوله وعليه يحمل كلام المحيط) حيث قال لو كان يجبر المشرکين يعيوب المسلمين أو يقتل رجلا من المسلمين ليقته لا يكون نقضا للعهد، وهذا التوفيق لصاحب البحر، وأقره في النهر وغيره، ويشعر به تعبير الفتح بالطليعة فإن الطليعة واحدة الطلائع في الحرب، وهم الذين يبعثون ليطلعوا على أخبار العدو، كما في البحر عن المغرب (قوله في كل أحكامه) فيحكم بموته باللاحاق وإذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته وتبين منه زوجته الذمية التي خلفها في دار الإسلام إجماعا ويقسم ماله بين ورثته فتح وعمامة في البحر (قوله والمرتد يقتل) لأن كثره أهلا بحر (قوله والمرتد يجبر على الإسلام) أما المرتدة فإنها تسترق بعد اللحاق رواية واحدة وقيل في رواية بحر (قوله بقوله نقضت العهد) لأنه لا ينتقض عهده بالقول بل بالفعل كما مر، بخلاف الأمان للحري.

قلت: ولعل وجه الفرق أن أمان الحربي على شرف الزوال تشكك من العود، متى أراد فهو غير لازم، بخلاف عهد الذمة فهو لازم لا يصبح الرجوع عنه ولذا لا يمكن من العود إلى دار الحرب، فيجبره الإمام على الجزية مادام تحت قهره، بخلاف ما إذا لحق بدارهم أو غلبوا على موضع أو جعل نفسه طليعة أو امتنع عن قبول الجزية؛ لأنه في الأولين صار حربا علينا كما مر وفي الثالث: علم أنه لم يقصد العهد بل جعله وصلة إلى إضراره بنا،

بل عن قبولها كما مر ونقل العيني عن الواقعات قتله بالإباء عن الأداء قال وهو قول الثلاثة لكن ضعفه في البحر (و) لا بالزنا بمسلمة وقتل مسلم (وإفتان مسلم عن دينه وقطع الطريق (وسب النبي صلى الله عليه وسلم)

وفى الرابع : لم يوجد منه ما يدفع عنه القتل بخلاف ما إذا امتنع عن أدائها ولذا قال الزيلعي وغيره : لأن الغاية التي ينتهي بها القتل التزام الجزية لا أدائها والالتزام باق فبأخذها الإمام منه جبراً اهـ وبهذا اندفع ما استشكله في النهر من أنه لو امتنع عن قبولها نقض عهده ، وليس ذلك إلا بالقول . وجه الدفع أن الانتفاض لم يبيح من قوله لا أقبل بل من عدم وجود ما يدفع عنه القتل وهو التزام أدائها بخلاف امتناعه عن أدائها بقوله لا أؤديها ، فإنه قول وجد بعد التزامها الدافع للقتل ، ولا يزول ذلك الالتزام به وكذا بقوله نقضت العهد لما قلنا ، من أنه لازم لا يملك فسحه صريحاً ، ولا دلالة مادام تحت قهرنا فافهم ، واندفع به أيضاً ما أورده في الدرر من أن امتناعه عن أدائها بقوله : لا أعطيها ينافي بقاء الالتزام لما قلنا من لزوم ذلك الالتزام ، وأنه لا يملك نقضه صريحاً ، فكذا دلالة الأولى فيجبر على أدائها ما دام مقهوراً في دارنا ، ثم رأيت الحموي أجاب بنحوه والله تعالى أعلم (قوله بل عن قبوله) أي بل ينتقض عهده بالإباء عن قبولها ، وقد علمنا تصوره ، وقد علمت أنفاً وجه الفرق بين المسألتين (قوله ونقل العيني) حيث قال وفي رواية مذكورة في واقعات حسام أن أهل الفضة إذا امتنعوا عن أداء الجزية ينتقض العهد ، ويقاؤون وهو قول الثلاثة اهـ . ولا يخفى ضعفها رواية ودراية بحر .

قلت : أما وجه الضعف رواية فلائه خلاف الرواية المشهورة في المذهب المنصوصة في امتون وغيره ، وأما الدراية أي الضعف من حيث المعنى ، فلما علمت من بقاء الالتزام الدافع للقتل فتوخد منهم جبراً ، وبمسكن تأويل مافي الواقعات ، بما إذا كانوا جماعة تغلبوا على موضع هو بلدهم أو غيرها وأطهروا العصيان والجماعة فزها حينئذ لا يمكن أخذها منهم إلا بالقتال تأمل (قوله ولا بالزنا بمسلمة) بل يقام عليه موجه ، وهو الحد وكذا لو نكحها لا ينقض عهده ، والنكاح باطل وأو أسلم بعده ويعزران وكذا الساعي بينهما بحر (قوله وإفتان مسلم) مصدراً فتن الرابع اهـ ح .

قلت : لكن الذي رأيناه في النسخ افتتان بتأمين وفي الصباح : فتن المال الناس من باب ضرب استيها . وفتن في دينه وافتن أيضاً بالبناء للمفعول مال عنه اهـ ومقتضاه (۱) : أن الافتتان متعدد لا لازم تأمل :

مطلب في حكم سب النبي صلى الله عليه وسلم

(قوله وسب النبي صلى الله عليه وسلم) أي إذا لم يعلن ، فلو أعلن بشتمه أو اعتاده قتل ، ولو امرأة وبه يفتي اليوم در متقي وهذا حاصل ما سبكه الشارح هنا وقده الخبر الرملي بقيد آخر حيث قال أقول : هذا إن لم يشترط انتفاضه به أما إذا شرط انتفض به كما هو ظاهر اهـ

قلت : وقد ذكر الإمام أبو يوسف في كتاب الخراج في صلح أبي عبيدة ، مع أهل الشام أنه صلحهم ، واشترط عليهم حين دخلها على أن يترك كنائسهم ، ويبيعهم على أن لا يحدثوا بناء بيعة ، ولا كنيسة ، وأن لا يشتموا مسلماً ، ولا يضربوه الخ ، وذكر العلامة قاسم من رواية الخلال والبيهقي وغيرهما كتاب العهد وفي آخره فلما أتيت عمر بن الخطاب بالكتاب زاد فيه : وأن لا تضرب أحداً من المسلمين شرطنا لهم ذلك علينا ، وعلى أهل ملتنا وقبائنا

(۱) قوله (ومقتضاه الخ) وجه ذلك أن تصريحه بأن امتنع سب مجهول ينتفي اهـ بتدلا لازم لأن المنهي المجهول لا يكون من اللازم اهـ .

لأن كضرة المقارن له لا يمنعه فالطاري لا يرفعه فلو من مسلم قبل كما سيجيء (ويؤدب الذمي ويعاقب على سبه دين الإسلام أو القرآن أو النبي) صلى الله عليه وسلم حاوي وغيره

عنهم الأمان ، فإن نحن خالفنا شيئا مما شرطناه لكم وضمنناه على أنفسنا فلا ذمة لنا وقد حل لكم منا ما يحل لكم من أهل المعاندة والشقاق ، وفي رواية الخلال : فكتب عمر أن أمض لهم ما سأله وألحق فيه حرفين اشترطهما عليهم مع ما شرطوا على أنفسهم أن لا يشتروا شيئا من سيابانا ومن ضرب مسلما عدا فقد خلع عهده اهـ . وقد ذكر الشرنبلالي في رسالته كتاب العهد بتمامه ثم قال : وقد اعتمد الفقهاء ذلك من كل مذهب كما نقله القاضي بدر الدين القرافي اهـ ثم ذكر الشرنبلالي أنه انتقض عهدهم بإحداث ذلك الدبر أي الذي أحدثوه في زمته ، وألف فيه الرسالة المذكورة ثم قال بعد ذكره ما لحقه عمر رضي الله تعالى عنه أن هذا دليل لما قاله الكمال ابن الهمام من نقض العهد بمردهم واستعلائهم على المسلمين اهـ :

قلت : ولعلهم لم يقيدوا بهذا القيد لظهوره كما تقدم عن الرملي ؛ لأن المعلق على أمر لا يوجد بدونه ، ولأن مرادهم بيان أن مجرد عقد الذمة لا ينتقض بما ذكره من السب ونحوه ، والجهاد ماض إلى يوم القيامة ، وليس كل إنسان إذا فتح بلدة يشترط هذا الشرط الذي شرطه عمر فلذا تركوا التصريح به على أن ما شرطه عمر على الشام ونحوها لا يجري حكمه على كل ما فتحه من البلاد ما لم يعلم اشتراطه عليهم أيضا .

فصار الحاصل : أن عقد الذمة لا ينتقض بما ذكره ما لم يشترط انتقاضه به فإذا اشترط انتقض ، وإلا فلا إلا إذا أعلن بالشتم أو اعتاده لما قدمناه ، ولما يأتي عن المعروضات وغيرها ولما ذكره ط عن الشلبي عن حافظ الدين النسبي إذا طعن الذي في دين الإسلام طعنا ظاهرا جاز قتله لأن العهد معقود معه على أن لا يطعن فإذا طعن ، فقد نكث عهده وخرج من الذمة اهـ لكن مقتضى هذا التعليل اشتراط عدم الطعن بمجرد عقد الذمة وهو مخالف لآلهامهم فتأمل .

[تذييل] قيد الشافعية الشتم بما لا يتدينون به (١) ونقله في حاشية السيد أبي السعود عن الذخيرة بقوله : إذا ذكره بسوء معتقده ويتدين به ، بأن قال إنه ليس برسول أو قتل اليهود بغير حق أو نسبه إلى الكذب فعند بعض الأئمة لا ينتقض عهده أما إذا ذكره بما لا يعتقده ولا يتدين به كما لو نسبه إلى الزنا أو طعن في نسبه ينتقض اهـ (قوله المقارن له) أي لعهد الذمة (قوله فالطاري) أي بالسب (قوله فلو من مسلم قبل) أي إن لم يتب لا مطلقا خلافا لما ذكره في الدرر هنا والبرازية وغيرها ، فإنه مذهب المالكية لا مذهبنا كما سيأتي تخويره فافهم (قوله ويؤدب الذمي ويعاقب الخ) أطلقه فضيل تاديبه وعقابه بالقتل ، إذا اعتاده ، وأعلن به كما يأتي ، ويدل عليه ، أقدمناه آنفا عن حافظ الدين النسبي ، وتقدم في باب التعزير أنه يقتل المكابر بالظلم وقطاع الطريق والمكاس وجميع الظلمة وجميع الكبار ، وأنه أفتى الناصبي بقتل كل مؤذ .

ورأيت في كتاب الصارم المسلول للشيخ الإسلام ابن تيمية الحزبي ما نصه : وأما أبو حنيفة وأصحابه فقالوا : لا ينتقض العهد بالسب ، ولا يقتل الذمي بذلك لكن يزور على إظهار ذلك كما يزور على إظهار المنكرات التي ليس لم فعلها من إظهار

(١) قلت : ولعل الشافعية مافى المهاج وشعره لأن حبر ولوزن معسلة أو أصابها بتركاح ، أو دل أهل الحرب على عودة المساجين أو قتل مسلمان دينه ، أو طعن في الإسلام أو القرآن أو ذكر جهر الله ورسوله صلى الله عليه وسلم أو القرآن أو نبيا بسوء مالا يدينون به للأصح أن إن شرط العقاض العهد به انتقض مخالفة الشرط ولا يشترط ذلك أو شك هل شرط أولا على الأوجه فلا ينتقض لأنها لا تخلف بمقتضى العقد وصح في أصل الرخصة أن لا نقض مطلقا رخص انتهى من .

قال العيني : واختيارى في السب أن يقتل اه وتبعه ابن الهمام .

قلت : وبه أفتى شيخنا الخبير الرملى وهو قول الشافعى . ثم رأيت في معروضات المفتى أبى السعود ، أنه ورد أمر سلطانى بالعمل بقول أئمتنا القائلين بقتله إذا ظهر أنه معتاد وبه أفتى ثم أفتى في بكر اليهودى قال لبشر النصرانى نبيكم عيسى ولد زنا بأنه يقتل

أصواتهم بكنابهم ونحو ذلك وحكاية الطحاوى عن الثورى ، ومن أصولهم يعنى الحنفية أن المالاقتل فيه عندهم مثل القتل بالقتل والجماع في غير القبل إذا تكرروا ، فللإمام أن يقتل فاعاه ، وكذلك له أن يزيد على الحد أضعافا إذا رأى المصلحة في ذلك ويحملون ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وأصحابه من القتل في مثل هذه الجرائم ، على أنه رأى المصلحة في ذلك ويسموه القتل سياسة :

وكان حاصله : أن له أن يعزى بالقتل في الجرائم التي تعظمت بالتكرار ، وشرع القتل في جنسها ولهذا أفتى أكثرهم بقتل من أكثر من سب النبي صلى الله عليه وسلم ، من أهل الذمة وإن أسلم بعد أخذه وقالوا يقتل سياسة وهذا متوجه على أصولهم اه فقد أفاد أنه يجوز عندنا قتله إذا تكرر منه ذلك وأظهره وقوله وإن أسلم بعد أخذه لم أر من صرح . عندنا لكنه نقله عن مذهبناه وهو ثبت في قبل (قوله قال العيني البخ) قال في البحر . لا أصل له في الرواية اه وردة الخبير الرملى ، بأنه لا يلزم من عدم النقض عدم القتل ، وقد صرحوا قاطبة بأنه يعزى على ذلك ، ويؤدب وهو يدل على جواز قتله زجرا لغيره إذ يجوز الترقى في التعزير إلى القتل ، إذا عظم موجه ومذهب الشافعى كما بينا على الصحيح قال ابن السبكي : لا ينبغي أن يفهم من عدم الانتقاض أنه لا يقتل . فإن ذلك لا يلزم اه ، وليس في مذهبنا ما ينفي قسه خصوصا إذا أظهر ما هو الغاية في الفرد ، وعدم الاكثار والاستخفاف واستعمل على المسلمين على وجه صار ممردا عليهم اه ونقل المقدسى مقاله العيني ، ثم قال وهو مما يميل إليه كل مسلم والمتون ، والشروح خلافا أقول ولما أن تؤدب الذي تعزيرا شديدا بحيث لو مات كان دمه هدرا اه .

قلت : لكن هذا إذا أعلن بالسب وكان مما لا يعتقده كما علمته آنفا (قوله وتبعه ابن الهمام) حيث قال والذى عندى أن سبه عليه الصلاة والسلام أو نسبة مالا ينبغي إلى الله تعالى إن كان مما لا يعتقده ككسبة الولد (۱) إلى الله تعالى وتقدس عن ذلك إذا أظهره يقتل به ، وينتقض عهده ، وإن لم يظهره ولكن عثر عليه ، وهو يكتمه فلا وهذا لأنه الغاية في الفرد والاستخفاف بالإسلام والمسلمين ، فلا يكون جاريا على العقد الذى يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغرا ذليلا إلى أن قال : وهذا البحث منا يوجب أنه إذا استعمل على المسلمين على وجه صار ممردا عليهم يحل للإمام قتله أو يرجع إلى اللد والصغار اه قال في البحر : وهو بحث خالف فيه أهل المذهب اه وقال الخبير الرملى إن ما بحثه في النقض مسلم مخالفة للمذهب وأما ما بحثه في القتل فلا اه أى لما علمته آنفا من جواز التعزير بالقتل ، ولما يأتى من جواز قتله إذا أعلن به (قوله وبه أفتى شيخنا) أى بالقتل لكن تعزيرا كما قدمناه عنه وينبى تقييده بما إذا ظهر أنه معتاد كما قيد به في المعروضات أو بما إذا أعلن به كما يأتى بخلاف ما إذا اعترى عليه وهو يكتمه كما مر عن ابن الهمام (قوله وبه أفتى) أى أبو السعود مفتى الروم بل أفتى به أكثر الحنفية إذا أكثر السب ، كما قدمناه عن الصارم السلولى ، وهو معنى قوله : إذا ظهر أنه معتاد ، ومثله ما إذا أعلن به كما مر ، وهذا معنى قول ابن الهمام إذا أظهره يقتل به ، فلم يكن كلامه مخالفا للمذهب ، بل صرح به محور المذهب الإمام محمد كما يأتى (قوله بأنه يقتل) لم يقيد بما إذا اعتاده كما قيد به أولا ، فظاهره أنه يقتل مطلقا وهو موافق لما أفتى به الخبير الرملى ولما مر عن العيني

(۱) قوله (كسبة الولد) تمثيل للمنفق أن ما يعتقدونه اه منه .

لسبه للأنبياء عليهم الصلاة والسلام اه :

قلت : ويؤيده أن ابن كمال باشا في أحاديثه الأربعينية في الحديث الرابع والثلاثين : ياعائشة لانتكوى فاحشاً ما يصبه : والحق أنه يقتل عندنا إذا أعلن بشتمه عليه الصلاة والسلام ، صرح به في سير الذخيرة ، حيث قال : واستدل محمد لبيان قتل المرأة إذا أعلنت بشتم الرسول بما روى أن عمر بن عبد الله لما سمع عصاهم بقت مروان يؤذي الرسول فقتلها ليلاً ملحه صلى الله عليه وسلم على ذلك انتهى فليحفظ (ويؤخذ من مال بالغ تغلي وتغلي) لأن صلهم إلا الخراج (ضعف زكاتها) بأحكامها (بما يجب فيه الزكاة) المعهودة بيننا لأن الصالح وقع كذلك (و) يؤخذ (من مولاه) أي معتق التغلي (في الجزية والخراج كقول القرشي) وحديث مولى القوم منهم مخصوص بالإجماع

واقديسي ، لكن علمت تقييده بالإعلان ، أو بما في الصارم المسلول من اشتراط التكرار (قوله لسبه للأنبياء) المراد الجنس وإلا فهو قد سب نبيا واحدا (قوله ويؤيده) أي يؤيد قتل الكافر الساب (قوله في أحاديثه) الجار والخبر مقدم ، وما في قوله مانصه نكرة موصوفة بمعنى شيء مبتدأ مؤخر ، والجملة من المبتدأ والخبر خبر إن ونصه مصدر بمعنى منصوصه مرفوع ، على أنه مبتدأ وقوله والحق الخ هذه الجملة إلى آخرها أريد بها لفظها في محل رفع ، على أنها خبر نصه وجملة هذا المبتدأ أو خبره في محل رفع على أنها صفة لما الواقعة مبتدأ وجملة ما أخبر بها المقدم خبر أن في قوله أن ابن كمال والمعنى : أن ابن كمال شيء منصوصه ، والحق الخ ثابت في أحاديثه الأربعينية فافهم (قوله) حيث قال الخ بيانه أن هذا استدلال من الإمام محمد رحمه الله تعالى ، على جواز قتل المرأة إذا أعلنت بالشتم فهو مخصوص من عموم النهي عن قتل النساء ، من أهل الحرب كما ذكره في السير الكبير فيدل على جواز قتل الذي المنهى عن قتله بعد الدماء ، إذا أعلن بالشتم أيضا ، واستدل لذلك في شرح السير الكبير بعدة أحاديث منها : حديث أبي إسحق الحمداي قال : جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال سمعت امرأة من يهود وهي تشتمك والله يا رسول الله إنها حسنة إلى فقتلها فأهدى النبي صلى الله عليه وسلم دهما (قوله تغلي وتغلي) بكسر اللام على الأصل ومنهم من يفتحها مع صباح نسبة إلى تغلب بن وائل بن ربيعة بوزن تضرب قوم تنصروا في الجاهلية ، وسكنوا بقر الروم امتنعوا عن أداء الجزية ، فصالحهم عمر على ضعف زكاتها فهو وإن كان جزية في المعنى إلا أنه لا يراعى فيه شرائطها من وصف الصغار ، وتقبل من النائب بل شرائط الزكاة وأسبابها ولذا أخذت من المرأة لأهليتها لما يختلف الصبي والمجنون ، فلا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم كما في النهر (قوله إلا الخراج) أي خراج الأرض فإنه يؤخذ من طفولهم والمجنون لأنه وظفة الأرض وليس عبادة بحر (قوله ضعف زكاتها) فيأخذ الساعي من غنمهم السائمة من كل أربعين شاة شاتين ، ومن كل مائة واحد وعشرين أربع شياه وعلى هذا من الإبل والبقر نهر ولا شيء عليهم في بقية أموالهم ورقبتهم كما في الإفتائي يعني إلا إذا مروا على العاشر فإنه يأخذ منهم ضعف ما يأخذ من المسلمين ط عن الحموي (قوله كقول القرشي) يعني أن معتق التغلي كعتق القرشي في أن كلاهما لا يتبع أصله ، حتى توضع الجزية والخراج عليهما وإن لم يوضعا على أصلهما تخفيفا والمعتق لا يلحق أصله في التخفيف ولذا لو كان مسلم الجزية وضع عليه الجزية وتعامه في الفتح (قوله وحديث الخ) جواب سؤال وهو أن ما علمت به من أن المعتق لا يلحق أصله في التخفيف معارض للنص والجواب : أن الحديث المذكور غير مجرى على عمومه بالإجماع فإن مولى الهاشمي لا يلحقه في الكفاءة للهاشمية ولا في الإمامة ، وإذا كان عاما مخصوصا يصح تخصيصه أيضا بما ذكرنا من العلة وتعامه في الفتح

(ومصرف الجزية والخراج ومال التغابي وهديتهم للإمام) وإنما يقبلها إذا وقع عندهم إن قتلنا الذين لا الدنيا جوهره (وما أخذ منهم بلا حرب) ومنه تركه دمی وما أخذ عشر منهم شهيرة (مصلحة) حر مصرف (كسد ثغور وبناء قنطرة وجسر وكفاية العلماء) والمتعاضدين نجيبين وبه يدخل طلبة العلم فتح (والقضاة والعلماء) ككتبة قضاة وشهود قسمة وورقاء سواحل (ورزق المقاتلة وذرائعهم) أي ذرائع من ذكر مسكين واعتمد في البحر قائلا: وهل يعطون بعد موت آبائهم حالة الصخر؟

مطلب في مصارف بيت المال

(قوله ومصرف الجزية والخراج الخ) قيد بالخراج، لأن العشر مصرفه مصرف الزكاة كما مر (قوله وإنما يقبلها الخ) ترك قيده آخر ذكره في الجوهره وهو أن يكون المهدي لا يقطع في إيمانه أو ردت هديته فلو طاع في إيمانه بالرد لا يقبل منه (قوله وما أخذ منهم بلا حرب) به أن ما قبله مأخوذ بلا حرب، لكن فسر في امر بالمأخوذ صلحا على ترك القتال قبل زول العسكر بساحتهم (قوله مصالحها) نيه بذلك على أنه لا يخمس ولا يضم بين الغائبين نهر، وهو جمع مصلحة بفتح الميم واللام ما يعود نفعه إلى الإسلام ط عن انتهائهم (قوله كسد ثغور) أي حفظ المواضع التي ليس وراءها إسلام، وفيه إشعار بأنه مصرف إلى جماعة بخطوط صرب في دار الإسلام عن اللصوص قهستاني (قوله وبناء قنطرة وجسر) القنطرة مابني على الماء للعبور، والخسر - يفتح وسكر ما يعبر به النهر وغيره مبنيا كان أو غيره كما في المغرب، ومثله بناء مسجد وحوص، ورباط وكري شهر عظم غير مملوكة كالنيل وجميعون قهستاني، وكذا الفتحة على المساجد كما في زكاة الخانية فيدخل فيه مصرف على فدية شملها من وظائف الإمامة والأذان ونحوها بحر (قوله وكفاية العلماء) هم أصحاب التفسير والحديث، ولطهر أن المراد به من يعلم العلوم الشرعية، فيشمل الصرف والنحو وغيرهما سوى عن البرجندی ط. وفي التعبير بالكفاية إشعار بأنه لا يزاد عليها وسيأتي بيانه وكذا يشعر باشتراط فقرهم، لكن في حضر الحاجة سنل على الراي عن بيت المال هل للأغنياء فيه نصيب، قال: لا إلا أن يكون عاملا أو قاضيا، وليس للفقهاء فيه نصيب إلا فقيه فرع نفسه لتعمد أساس الفقه أو القرآن اه قال في البحر: أي بأن صرف غالب أوقافه في العلم وليس مراد أرازي الاقتصاد على العامل، أو القاضي، بل أشار بهما إلى كل من فرغ نفسه لعمل المسلمين فيدخل فيه المفتي والحندي، فيستحقان الكفاية مع الفنى اه وذكر قبله عن الفتح أن طالب العلم قبل أن يتأهل عامل لنفسه لكن يعمل بعده للمسلمين (قوله والعلماء) من عطف العام على الخاص لما في القهستاني أنه بالضم والتشديد جمع عامل، وهو الذي يتولى أه ورجل في ماله وعمله كما قال ابن الأثير، فيدخل فيه المذكر والمواضع بحق وعلم كما في النية، وكذا الوالي وطالب العلم والمختص، والقاضي، والمفتي والمعلم بلا أجر كما في المصمرات (قوله وشهود قسمة) بالسین المهمله أي الذين يشهدون بالقسمة بين الورثة، والشركاء واستيفاء حقوقهم، وفي نسخة: وشهود قيمة بالياء المثناة الضحيتة أي الذين يشهدون على التقوم عند الاختلاف في القيمة ط (قوله وورقاء سواحل) جمع رقيب من رقبته أرقبه من باب قتل: أي حفظه والسواحل جمع ساحل، وهو شاطئ البحر مصباح فالمراد الذين يحفظون السواحل، وهم الم رابطون في الثغور أو أعم فافهم (قوله ورزق المقاتلة) الرزق بالكسر اسم من الرزق بالفتح ما ينفع به قاموس، وقال الراغب: الرزق يقال للعطاء الجاري دينيا كان أو دنيويا وللنصيب ولما يصل إلى الجوف ويتغذى به قهستاني ط (قوله أي ذرائع من ذكر الخ) لأن العلة تم الكل كما صرح به القهستاني وملا مسكين وغيرهما، وعبرة الهداية والكافي توهم تخصيصهم بالمقاتلة؛ وبه صرح شارح

لم أره ، وإلى هنا تمت مصارف بيت المال ثلاثة ،

المجمع قال في الشربلية قال في البحر : وليس كذلك وتبعه في المنح درمتقي ، وفسر الذراري في شرح درر البحار بالزوجة والأولاد :

مطلب من له استحقاق في بيت المال يعطى ولده بعده

(قوله لم أره) نقل الشيخ عيسى السفطي في رسالته مانعه قال أبو يوسف في كتاب الخراج : إن من كان مستحقا في بيت المال ، وفرض له استحقاقه فيه فإنه يفرض لذريته أيضا تبعاً له ، ولا يسقط بموته وقال صاحب الحاوي الفتوى : على أنه يفرض للذراري العلماء ، والفقهاء والمقاتلة ، ومن كان مستحقا في بيت المال لا يسقط ما فرض للراويهم بموته اه ط :

قلت : لكن قول المتن الآتي : ومن مات في نصف الحول حرم من العطاء ينال ذلك إلا أن يجاب بأن ما يجري على الذراري عطاء مستقل خاص بالذراري لاعطاء الميت بطريق الإرث بين جميع الورثة تأمل ، لكن ما مر عن الحاوي لم أره في الحاوي القدسي ، ولان الحاوي الزاهدي ، وراجعت ، ووضح كثيرة من كتاب الخراج فلم أره فيه والله أعلم . نعم قال الحموي في رسالته : وقد ذكر علماؤنا أنه يفرض لأولادهم تبعاً ولا يسقط بموت الأول ترغيباً اه و ذكر العلامة القدسي : أن إعطاءهم بالأولى لشدة احتياجهم ، سيما إذا كانوا يجتهدون في سلوك طريق آبائهم اه .

مطلب من له وظيفة توجه لولده من بعده

ونقل العلامة البيري عن الخزانة عن بسوط فخر الإسلام : إذا مات من له وظيفة في بيت المال لحق الشرع وإعزاز الإسلام كأجر الإمامة والتأذين ، وغير ذلك بما فيه صلاح الإسلام والمسلمين وللميت أبناء براعون ويقومون حق الشرع وإعزاز الإسلام ، كما يراعى ويقوم الأب فلا إمام أن يعطى وظيفة الأب لأبناء الميت لا لغبرهم لحصول مقصود الشرع ، وانجبار كسر قلوبهم اه .

مطلب تحقيق مهم في توجيه الوظائف للابن

قال البيري أقول : هذا مؤيد لما هو عرف الحرمين الشريفين ومصر والروم من غير تكبير من إبقاء أبناء الميت ولو كانوا صغاراً على وظائف آبائهم مطلقاً من إمامة وخطابة ، وغير ذلك حرفاً مرضياً لأن فيه إحياء خلف العلماء ومساعدتهم على بذل الجهد في الاشتغال بالعلم ، وقد أفق بيموال ذلك طائفة من أكابر الفضلاء الذين يحول على إفتائهم اه .

قلت : ومقتضاه تخصيص ذلك بالذكور دون الإناث ، وأنت غير بأن الحكم يدور مع علته ، فإن العلة هي إحياء خلف العلماء ومساعدتهم ، على تحصيل العلم ، فإذا اتبع الابن طريقة والده في الاشتغال في العلم ، فذلك ظاهر ، أما إذا أهمل ذلك واشتغل باللهو واللعب أو في أمور الدنيا جاهلاً غافلاً معطلاً للوظائف المذكورة ، أو ينيب غيره من أهل العلم بشئ قليل ، ويصرف باقي ذلك في شهوته ، فإنه لا يعمل لما فيه من أخذ وظائف العلماء ، وتركهم بلا شئ . يستعينون به على العلم كما هو الواقع في زماننا ، فإن عامة أوقاف المدارس والمساجد والوظائف في أبدى جهلة أكثرهم لا يعلمون شيئاً من فرائض دينهم ، وبأكلون ذلك بلا مباشرة ولا إنابة بسبب تمسكهم بأن خبز الأب

وهذا مصرف جزية وخراج ومصرف زكاة وعشر مر في الزكاة ، ومصرف خمس وركاز مر في السير ونبي رابع وهو لقطة وتركة بلا وارث ، ودية مقتول بلا ولي ، ومصرفها لقيط فقير وفقير بلا ولي وعلى الإمام أن يجمل لكل نوع بيتا يخصه وله أن يستقرض من أحدها ليصرفه للآخر ويعطى بقدر الحاجة والفقه والفضل فإن قصر كان الله عليه حسبيا زياعى . وفي الحاوى : المراد بالحافظ في حديث « حافظ القرآن مائتا دينار

لأبيه ، فيتوارثون الوظائف أبا عن جد كما هم جهلة كالأنعام ويكبرون بذلك فراهم وعماهم . ويصعدون في البلدة حتى أدى ذلك إلى اندراس المدارس والمساجد . وأكثرها صار بيوتا بأهوها أو بستائق استعوبها . من أراد أن يطلب العلم لا يبعد له مأوى يسكنه ولا شيئا يأكله فيضطر إلى أن يترك العلم . ويكتسب ووقع في رده . رحلا من أكابر دمشق مات عن ولد أجهل منه لا يقرأ ولا يكتب فوجهت من وظائفه تولية مسجد ومدرسة على يد من أعلم علماء دمشق فذهب ولده وعزلهما عن ذلك بالرشوة . وفي أواخر القرن الثالث من الألف بدأ مدرس مدرسا ليس بأهل لم تصح توليته وفي البرازية السلطان إذا أعطى غير المستحق فقد ظم مرتين مع استنحر وجهه ، غيره اه ففى توجيه هذه الوظائف لأبناء هؤلاء الجهة ضياع العلم . والسبب ، وإعسهم على صرفه . فيجب على ولاية الأمور توجيهها على أهلها ونزعها من أيدي غير أهلها ، وإذا مات أحد من أهلها وجد عنه ولد فإن لم يخرج على طريقة والده يمزل عنها وتوجه للأهل إذ لاشك أن غرض الواقف إحياء ما وقفه من دينه ، وما كان فيه تضييعه فهو مخالف لغرض الشرع والواقف هذا هو الحق الذى لا يحيد عنه ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم (قوله فهذا) أى ما ذكر من المصالح وقوله مصرف جزية . وخراج أى ومحوها ما ذكره . قوله مر في الزكاة) أى فى باب المصرف (قوله مر في السير) أى فى فصل كفية القسمة (قوله وفى رابع) فلهذا مع الثلاثة التى قبله نظما لابن الشحنة فى آخر باب العشر من كتاب الزكاة وقدمنا الكلام عليها (قوله ومصرف بلاولى) أى ليس له من نجب نفقته عليه قال فى البحر : يعطون منه نفقتهم وأدويةهم ويكسونه ويحلق به جانيهم اه .

[تنبيه] قال فى الأحكام : العلماء يستحقون من النوع الأول بالعمل مع الفنى ، ومن النوع الثانى بصفة الفقر ومحوها ، ومن النوع الثالث بأحد صفات مستحقه ، ومن النوع الرابع بصفة المرض ، ومحوه ومن حص استحقاقهم بالأول نظر إلى محض صفة العلم اه (قوله بيتا يخصه) فلا يخلط بعضه بعض ، لأن لكل نوع حكما يخص به زياعى (قوله ليصرفه الآخر) أى لأهله قال الزياعى : ثم إذا حصل من ذلك النوع شئ ردد فى المستقرض به إلا أن يكون المصروف من الصدقات ، أو من خمس النعمة على أهل الخراج وهم فقراء ، فيه لا يرد فيه شي لأتهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا فى غيره إذا صرفه إلى المستحق اه (قوله ويعطى بقدر الحاجة الخ) الذى فى الزياعى هكذا ، ويجب على الإمام أن يبقى الله تعالى ويصرف إلى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة فإن قصر فى ذلك كان الله تعالى عليه حسبيا اه ، وفى البحر عن القنية : كان أبو بكر رضى الله تعالى عنه يسوى فى العطاء من بيت المال ، وكان عمر رضى الله تعالى عنه يعطيهم على قدر الحاجة والفقه والفضل ، والأخذ بهذا فى زماننا أحسن فتعبر الأمور الثلاثة اه أى فله أن يعطى الأحوج أكثر من غير الأحوج ، وكذا الأفتة والأفضل أكثر من غيرها ، وظاهره أنه لا تراعى الحاجة فى الأفتة والأفضل ، وإلا فلما نالته فى ذكرها ، ويؤيده أن عمر رضى الله تعالى عنه كان يعطى من كان له زيادة فضيلة ، من علم ، أو نسب أو نحو ذلك أكثر من غيره ، وفى البحر أيضا عن المحيط والرأى إلى الإمام من تفصيل وتسوية . من غير أن يجمل فى ذلك إلى هوى ، وفيه عن القنية والإمام الخليل فى المنع والإعطاء فى الحكم اه .

هو المفتی اليوم ولا شيء لذي في بيت المال إلا أن يهلك لضغفه فيعطيه مايسد جوعته (ومن مات) بمن ذكر (في نصف الحول حرم من العطاء) لأنه صلة فلا تملك إلا بالقبض، وأهل العطاء في زماننا القاضي والمفتی والمدرس صدر شريعة (ولو) مات (في آخره) أو بعد تمامه كما صححه أخى زاده (يستحب الصرف إلى قريبه) لأنه أوفى نعبه فيندب الوفاء له ومن تعجله ثم مات أو عزل قبل الحول يجب رد مابقى وقيل لا كالتفكة المعجلة زيلعى (والمؤذن والإمام إذا كان لهما وقف ولم يستوفيا حتى ماتا فإنه يسقط) لأنه كالصلة (وكل ذلك القاضي وقيل لا) يسقط لأنه كالأجرة

قلت : ومثله في كتاب الخراج لأبي يوسف الذى خاطب به هارون الرشيد حيث قال : فأما الزيادة على أرزاق القضاة والعمال والولاة والنقصان مما يجرى عليهم ، فذلك إليك من رأيت أن تزيد من الولاة والقضاة في رزقهم فزدهم ومن رأيت أن تحط رزقه حططت (قوله هو المفتی اليوم) لأنهم كانوا يحفظون القرآن ويعلمون أحكامه ط (قوله ممن ذكر) أى ممن يقوم بمصالح المسلمين ، كالقضاة والغزاة ، ونحوهم زيلعى (قوله في نصف الحول) المراد به ما قبل آخره بقريته قواه ولو في آخره ط (قوله حرم من العطاء) هو ما يثبت في الديوان رسم كل ممن ذكرنا ، من المقاتلة وغيرهم ، وهو كالجامكية في عرفنا إلا أنها شهرية ، والعطاء سنوى فتح (قوله لأنه صلة) ولذا يسمى عطاء فلا يملك قبل القبض فلا يورث ويسقط بالموت فتح (قوله في زماننا) قال في العناية وفي الابتداء كان يعطى كل من كان له ضرب مزية في الإسلام كأزواج النبي صلى الله عليه وسلم ، وأولاده المهاجرين والأنصار (قوله القاضي والمفتی والمدرس) عبارة البحر ، مثل القاضي ، والمفتی والمدرس : وهى أولى لشمولها نحو المقاتلة اه ح .

قلت : وهى عبارة الهداية أيضا (قوله أو بعد تمامه) هذا مفهوم بالأولى لأنه إذا استحب الصرف إلى القريب قبل التمام فبعدة أولى (قوله فيندب الوفاء له) قال في الفتح : والوجه يقتضى الوجوب ، لأن حقه تأكد باتمام عمله في السنة ، كما قلنا إنه يورث سهم الغازي بعد الإحراز بدار الإسلام لتأكد الحق حينئذ ، وإن لم يثبت له ملك وقول فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير ، وإنما خص نصف السنة لأن عند آخرها يستحب أن يصرف ذلك إلى ورثته ، فأما قبل ذلك فلا إلا على قدر عتائه يقتضى أن يعطى حصته من العام اه (قوله قيل يجب الخ) عبارة الزيلعى قيل يجب رد مابقى من السنة ، وقيل على قياس قول محمد في نفقة الزوجة يرجع ، وعندهما لا يرجع هو يعتبره بالإنفاق على امرأة ليتزوجها وهما يعتبرانه بالهبة اه ونقل في الشرنبلالية تصحيح وجوب الرد عن الهداية والسكاني ولكنى لم أره فيهما في هذا الموضع فليراجع .

مطلب فيما إذا مات المؤذن أو الإمام قبل أخذ وجبتيهما

(قوله فإنه يسقط الخ) حاصله : أن ما يأخذه الإمام والمؤذن من الوقف بمنزلة ما يأخذه القاضي ونحوه من بيت المال نظرا إلى أنه في معنى الصلة لا تملك إلا بالقبض كما مر (قوله وقيل لا يسقط الخ) أى ما يأخذه الإمام والمؤذن قال في الشرنبلالية جزم في البغية تلخيص الفتية بأنه يورث بخلاف رزق القاضي كما في الأشباه والنظائر اه

قلت : ووجه ما أشار إليه الشارح تبعاً للنور بقوله لأنه كالأجرة أى فيه معنى الأجرة ومعنى الصلة ، فليس أجرة من كل وجه ، لكن وجه الأجرة فيه أرجح لجواز أخذ الأجرة على الأذان والإمامة والتعليم كما أفق به

وهذا ثابت في نسخ الشرح ساقط من نسخ المتن ها وتماه في الدور وقد لخصناه في الواف .

باب المرتد

هو لغة الراجع مطلقا وشرعا (الراجع عن دين الإسلام وركبتها إجراء كلمة الكفر على اللسان بعد الإيمان) وهو تصديق محمد صلى الله عليه وسلم في جميع ما جاء به عن الله تعالى بما علم بحجته ضرورة . وهل هو فقط أو هو مع الإقرار ؟ قولان وأكثر الحنفية على الثاني والمحققون على الأول والإقرار شرط

المتأخرون بخلاف القضاء وغيره من الطاعات ، فإنه لا يجوز أصلا وأمل وجه القول الأول ترجيح معنى الالة في الكل بناء على أصل المذهب من عدم جواز الأجرة على شيء من الطاعات ، لكن الفتوى على قول للمتأخرين فلذا جزم في البيعة بالقول الثاني ، وفرق بين الإمام والقاضي كما قدمناه قبيل فصل في كيفية القسمة . . قدما هناك عن الطرسوسي وغيره أن المدرس ونحوه إذا مات في أثناء السنة ، يعطى بقدر ما باشر فقط شلاف الوافد على الأولاد والزرية ، فإن المعتبر فيهم ظهور الغلة فمن مات بعد ظهورها استحق لاقفه . وقدما هناك أيضا عن المفتي أبي السعود مثل ذلك ؛ وأن المدرس الذي يستحق الوظيفة من وقت توجهه الساطع (قوله وهذا) أي قوله والمؤذن الخ ، وقد نقله في الدور عن فوائد صاحب المحبط (قوله وتماه في الدور) قال فيها وفي فوائد صاحب الإسلام طاهر بن محمود قرية فيها أراضى الواف على إمام المسجد يصرف إياه عنها وقت الإدراك فأسد الإمام الغلة وقت الإدراك ، وذهب عن تلك القرية لا يسترد منه حصه ما بقي من السنة وهو صير موت القسمة . وأخذ الرزق ويحل للإمام أكل ما بقي من السنة إن كان فقيرا وكذلك الحكم في طاعة . علم في مدرسه وأنه سبحانه أعلم .

باب المرتد

شروع في بيان أحكام الكفر الطارئ بعد بيان الأصل أي الذي لم يسبق له إيمان (قوله وركبتها إجراء كلمة الكفر على اللسان) هذا بالنسبة إلى الظاهر الذي يحكم به الحاكم ، وإلا فقد تكون بدونه كما لو عرض له اعتقاد باطل أو نوى أن يكفر بعد حين أفاده ط (قوله بعد الإيمان) خرج به الكافر إذا تلفظ بكفر ، فلا يعطى حكم المرتد ط نعم قد يقتل الكافر ، ولو امرأة إذا أعلن بشتمه صلى الله عليه وسلم كما مر في الفصل السابق (قوله هو تصديق الخ) معنى التصديق قبول القلب ، وإذعانه لما علم بالضرورة أنه من دين محمد صلى الله عليه وسلم بحيث تعلمه العامة من غير افتقار إلى نظر واستدلال كالوحدانية والذرة والبعث والجزاء ، ووجوب الصلاة والزكاة وحرمه الخمر ونحوها ا هـ عن شرح المسامرة (قوله وهل هو فقط) أي وهل الإيمان التصديق فقط ، وهو المختار عند جمهور الأشاعرة وبه قال المازيدي ح عن شرح المسامرة (قوله أو هو مع الإقرار) قال في المسامرة : وهو منقول عن أبي حنيفة ، ومشهور عن أصحابه وبعض المحققين من الأشاعرة وقال الخوارج : هو التصديق مع الطاعة ، ولذا كفروا بالذنب لانتفاء جزء الماهية وقال الكرامية : هو التصديق باللسان فقط فإن طابقت تصديق القلب ، فهو مؤمن ناج وإلا فهو مؤمن محاد في النار ا هـ .

قلت : وقد حقق في المسامرة أنه لا بد في حقيقة الإيمان من عدم ما يدل على الاستخفاف من قول أو فعل ويأتي بيانه (قوله والإقرار شرط) هو من تمة القول الأول ح أما على القول الثاني ، فهو شرط لأنه جزء من ماهية الإيمان ، فلا يكون بدونه مؤمنا لا عند الله تعالى ، ولا في أحكام الدنيا لكن بشرط أن يدرك زما يمكن

الإجراء الأحكام الديوية بعد الاتفاق على أنه يعتقد متى طوبى به أتى به فإن طوبى به فلم يقر فهو كفر عناد
قاله المصنف وفي الفتح من حزل بلفظ كفر ارتد وإن لم يعتقد للاستخفاف فهو ككفر العناد :

فيه من الإقرار ، وإلا فيكتبه التصديق اتفاقا كما ذكره الفتاوى في شرح العقائد (قوله لإجراء الأحكام الديوية)
أى من الصلاة عليه . وحلقه والدفن في مقابر المسلمين والمطالبة بالعشور . والزكوات ونحو ذلك ولا يخفى أن
الإقرار لهذا الغرض لابد أن يكون على وجه الإعلان ، والإظهار على الإمام وغيره من أهل الإسلام ، بخلاف
ما إذا كان لإتمام الإيمان فإنه يكفي مجرد التكلم . وإن لم يظهر على غيره كذا في شرح المقاصد (قوله بعد الاتفاق)
أى بعد اتفاق القائلين بعدم اعتبار الإقرار قل في شرح المسامرة : واتفق القائلون بعدم اعتبار الإقرار ، على أنه
يلزم المصدق أنه يعتقد أنه متى طوبى به أتى به ، فإن طوبى به فلم يقر به فهو أى كفه عن الإقرار كفر عناد ،
وهذا ما قالوا إن ترك العناد شرط ومسرور به أى فسروا ترك العناد بأن يعتقد أنه متى طوبى بالإقرار أتى به اه
فى ما لو لم يعتقد ذلك بأن كان خالى الذهن ، أو اعتقد أنه متى طوبى به لا يأتى به لكنه عند ما طوبى به أتى به
ههـ يكفي نظرا لحصول المنصود أولا يكفي نظرا لاشتراطهم الاعتقاد السابق فيحرم اهـ .

أقول . يظهر أن المراد بالاشتراط المذكور نفي اعتقاد عدده أى لا يعتقد أنه متى طوبى به لا يقر ، وفي
شرح المقاصد وشرح التحرير ما يفيد ونصه : ثم الخلاف فيها إذا كان قادرا ، وترك التكلم لأعلى وجه الإباء
بـ لا يحجز كالأحرس مؤمن اتفاقا والمصر على عدم الإقرار مع المطالبة به كافر وفقا لكون ذلك من أسارات
عدم التصديق ، ولهذا أطلقوا على كفر أبى طالب اه فظهر أن خالى الذهن لو أتى به عند المطالبة مؤمن لعدم
الإصرار على عدم الإقرار ، ومن اعتقد عدم الإتيان به عندها ليس مؤمنا فلو أتى به عندها كان ذلك إيمانا
مستأغا هذا ما ظهر لى (قوله من حزل بلفظ كفر) أى تكلم به باختياره غير قاصد منه ، وهذا لا ينافى ما مر من
أن إيمان هو التصديق فقط أو مع الإقرار لأن التصديق . وإن كان وجودا حقيقة لكنه زائل حكما لأن الشارع
جعل بعض المعاصى أمانة على عدم وجوده كما مرل المذكور ، وكما لو سجد لصنم أو وضع مصحفا في قاذورة
وله بكفر ، وإن كان مصدقا لأن ذلك فى حكم التكذيب . كما أفاده فى شرح العقائد ، وأشار إلى ذلك بقوله
للاستخفاف ، فإن فعل ذلك استخفاف واستهانة بالدين فهو أمانة عدم التصديق وكذا قال فى المسامرة : وبالجملة
فقد ضم لى التصديق بالقلب . أو بالقلب واللسان فى تحقيق الإيمان . أو الإخلال بها لإخلال بالإيمان اتفاقا ،
كثرل السجود لصنم ، وقتل نبي والاستخفاف به ، والمصحف والكمية . وكذا مخالفة أو إنكار ما أجمع عليه
بعد العلم به لأن ذلك دليل على أن التصديق مفقود ، ثم حقق أن عدم الإخلال بهذه الأمور أحد أجزاء مفهوم
الإيمان فهو حينئذ التصديق والإقرار وعدم الإخلال بما ذكر بدليل أن بعض هذه الأمور تكون مع تحقق
التصديق والإقرار . ثم قال ولا اعتبار التعظيم المتألف للاستخفاف كفر الخفية بالفاظ كثيرة : وأفعال تصدر من
المهتكين لدلائلها على الاستخفاف بالدين كالصلاة بلا وضوء عمدا بل بالمواظبة على ترك سنة استخفافا بها بسبب
أنه فعلها الله صلى الله عليه وسلم زيادة أو استغباحها كن استعج من آخر جعل بعض العمادة تحت حافة أو إحقاف
شاربه اهـ .

قلت ويظهر من هذا أن ما كان دليل الاستخفاف يكفر به ، وإن لم يقصد الاستخفاف . لأنه أو توقع
على فصد له ما احتاج إلى زيادة عدم الإخلال بما مر ، لأن قصد الاستخفاف مناف للتصديق (قوله فهو ككفر
العناد) أى ككفر من صادق بقلبه وامتنع عن الإقرار بالشهادتين عنادا ومخالفة فإنه أمانة عدم التصديق وإن قلنا

والكفر لغة : الستر . وشرعا : تكذيبه صلى الله عليه وسلم في شيء مما جاء به من الدين ضرورة والفاظه تعرف في الفتاوى ، بل أفردت بالتأليف مع أنه لا يبقى بالكفر بشيء منها إلا ما اتفق المشايخ عليه كما سيجيء قال في البحر : وقد أئزمت نفسي أن لأتبع بشيء منها .

إن الإقرار ليس ركنا (قوله والكفر لغة الستر) ومنه سمي الفلاح كافرا لأنه يستمر البذر في الأرض ومنه كفر العمة وهو موجود في المعنى الشرعي لأنه ستر ماوجب إظهاره (قوله تكذيبه صلى الله عليه وسلم الخ) المراد بالتكذيب عدم التصديق الذي مرأى عدم الإذعان والقبول ، لما علم بجيئه به صلى الله عليه وسلم ضرورة ، أي عما ضروريا لا يتوقف على نظر واستدلال ، وليس المراد التصريح بأنه كاذب في كذا ، لأن مجرد نسبة الكذب إليه صلى الله عليه وسلم كفر وظاهر كلامه تخصيص الكفر بمجرد الضرورى فقط ، مع أن الشرط عندنا ثبوته على وجه القطع وإن لم يكن ضروريا ، بل قد يكون استخفافا من قول أوفعل كمار ، ولذا ذكر في المسألة أن مايقى الاستسلام أو يوجب التكذيب ، فهو كفر فما بنى الاستسلام كل ماقدناه عن الحنفية أى مايدل على الاستخفاف ، وماذكر قبله من قتل نبي إذ الاستخفاف فيه أظهر ومايوجب التكذيب جحد كل ماثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم ادعائه ضرورة ، وأما ما لم يبلغ حد الضرورة كاستحقاق بنت الان السدس مع الفت بإجماع المسلمين ، فظاهر كلام الحنفية الإنكار بمجرد فأنهم لم يشترطوا سوى القطع في الثبوت ويحب حمله على ما إدعاه المنكر ثبوته قطعاً ، لأن ماظ التكفير ، وهو التكذيب أو الاستخفاف عند ذلك يكون أما إذا لم يعلم فلا إلا أن يذكر له أهل العلم ذلك وإيج ١١

مطلب في منكر الإجماع

وهذا موافق لما قدمناه عنه من أنه يكفر بإنكار ما أجمع عليه بعد العلم به ، ومثله ما في نور العين عن شرح سمعة أطلق بعضهم ، أن مخالف الإجماع بكفر والحق أن المسائل الإجماعية تارة يصحبها التواتر عن صاحب الشرع كوجوب الخمس ، وقد لا يصحبها فالأول يكفر جاحده بخلافه التواتر لا مخالفتها الإجماع اه ثم نقل في نور العين عن رسالة لماضل الشهير حسام جلبي من عظماء علماء السلطان سليم بن باز يدعيان مانصه إذا لم تكن الآية أو الخبر المتواتر فتعي الدلالة أو لم يكن الخبر متواترا ، أو كان قطعا لكن فيه شبهة أو لم يكن الإجماع إجماع الجميع أو كان ولم يكن إجماع الصحابة أو كان ولم يكن إجماع جميع الصحابة أو كان إجماع جميع الصحابة ولم يكن قطعا بأن لم يثبت بطريق التواتر أو كان قطعا لكن كان إجماعا سكوتيا فحق كل من هذه الصور لا يكون الجحد كافرا يظهر ذلك إن نظر في كتب الأصول فاحفظ هذا الأصل فإنه ينفعك في استخراج فروعه حتى تعرف منه صحة ما قبل ، إنه يلزم الكفر في موضع كذا ، ولا يلزم في موضع آخر اه .

[تنبيه] في البحر والأصل أن من اعتقد الحرام حلالا فإن كان حراما لغيره كمال الغير لا يكفر وإن كان لعينه فإن كان دليلا قطعا بكفر ، وإلا فلا وقيل التصصيل في العالم أما الجاهل فلا يفرق بين الحرام لعينه وغيره وإنما الفرق في حقه أن ما كان قطعا بكفر به وإلا فلا فيكفر إذا قال اتخمر ليس يحرام وتماه فيه (قوله بل أفردت بالتأليف) من أحسن ما ألف فيها ما ذكره في آخر نور العين ، وهو تأليف مستقل ومن ذلك كتاب الإعلام في قواعط الإسلام ، لابن حجر المكي ذكر فيه المكفرات عند الحنفية والشافعية وحقق فيه المقام ، وقد ذكر في البحر جملة من المكفرات .

مطلب ما يشك في أنه ردة لا يحكم بها

(قوله قال في البحر الخ) سبب ذلك ما ذكره قبله بقوله وفي جامع الفصولين ، روى الطحاوي عن أصحابنا

(وشرائط صحتها العقل) والصحو (والطوع) فلا تنصح ردة مجنون ، ومعتوه وموسوس : وصبي لا يعقل وسكران ومكره عليها . وأما البلوغ والدكورة فليسا بشرط بدائع . وفي الأشباه لا تنصح ردة السكران إلا الردة بسبب النبي صلى الله عليه وسلم

لا يخرج الرجل من الإيمان إلا لاجحود ما أدخله فيه ثم ما يتقن أنه ردة يحكم بها وما يشك أنه ردة لا يحكم بها إذا الإسلام الثالث لا يزول بالشك مع أن الإسلام يعلو وينفي للعالم إذا رفع إليه هذا أن لا يبادر بتكفير أهل الإسلام منع أنه يقضى بصحة إسلام المكره .

أقول : قدمت هذا ليصير ميزانا فيما نقلته في هذا الفصل من المسائل ، فإنه قد ذكر في بعضها إنه كفر مع أنه لا يكفر على قياس هذه المقدمة فليتأمل اهـ . وفي الفتاوى الصغرى : الكفر شيء عظيم فلا أجعل المؤمن كفر متى وجدت رواية أنه لا يكفر اهـ وفي الخلاصة وغيرها : إذا كان في المسألة وجوه توجب التكفير بوجه واحد يجمعه فعلى المتقن أن يميل إلى الوجه الذي يمنع التكفير تحسنا للظن بالمسلم زاد في البرازية إلا إذا صرح بإرادة ، وحب الكفر فلا يجمع التأويل وح وفي التتارخانية : لا يكفر بالاحتمال ، لأن الكفر نهاية في العقوبة فيستدعي نهاية في الحد ومع الاحتمال لا نهاية اهـ والذي تحرر أنه لا يفتي بكفر مسلم أمكن حمل كلامه على محمل حسن أو كان في كثره اختلاف ولو رواية ضعيفة فعلى هذا فأكثر ألقاظ التكفير المذكورة لا يفتي بالتكفير فيها ولقد أرويت نفسي أن لا أنفي بشيء منها اهـ كلام البحر باختصار (قوله والطوع) أي الاختيار احترازا عن الإكراه ودخل فيه إكراه كافر لأنه بعد استحفا لتعمده التلغظ به ، وإن لم يقصد معناه وفي البحر عن الجوامع الأصغر : إذا أطلق الرجل كلمة الكفر عمدا . لكنه لم يعتقد الكفر قال بعض أصحابنا : لا يكفر لأن الكفر يتعلق بالنصبر ولم يعتمد النصبر على الكفر ، وقال بعضهم : يكفر وهو الصحيح عندي لأنه استخف بدينه اهـ ثم قال في البحر والحاصل : أن من تكلم بكلمة الكفر هارلا أو ألعابا كفر عند الكل ولا اعتبار باعتقاده كما صرح به في الحاشية ومن تكلم بها محظنا أو مكرها لا يكفر عند الكل ، ومن تكلم بها عمدا عالما بكفر عند الكل ومن تكلم بها اختيارا جاهلا بأنها كفر ففيه اختلاف اهـ (قوله ومعتوه) هزاه في النهر إلى السراج ، وهو الناقص العقل وقيل المدهوش من غير جنون كذا في المغرب . وفي أحكام الأشباه أن حكمه حكم الصبي العاقل فنصح العبادت منه ولا تجب . وقيل : هو كالجنون وقيل كالبالغ العاقل اهـ .

قلت : والأول هو الذي صرح به الأصوليون ومقتضاه أن تنصح ردة لكنه لا يقتل كما هو حكم الصبي العاقل تأمل . ثم رأيت في الخاتمة قال : وأما ردة المعتوه فلم تذكر في الكتب المعروفة قال مشايخنا هو في حكم الردة بمنزلة الصبي اهـ (قوله وموسوس) بالكسر ولا يقال بالفتح ولكن موسوس له أو إليه أي تلقى إليه الوسوسة ، وقال الليث : الوسوسة حديث النفس . وإنما قبل موسوس لأنه يحدث بما في ضميره وعن الليث لا يجوز إطلاق الموسوس قال : يعنى المألوب في عقله . وعن الحاكم هو المصاب في عقله إذا تكلم بشكك بغير نظام كذا في المغرب (قوله وصبي لا يعقل) قدر عقله في فتاوى قارى الأهلية بأن يبلغ سبع سنين نهر وسباني آخر الباب (قوله وسكران) أي ولو من محرم لما في أحكام الأشباه أن السكران من محرم كالصالح إلا في ثلاث : الردة ، والإقرار بالحدود الخالصة ، والإشهاد على شهادة نفسه الخ (قوله ومكره عليها) أي على الردة والمراد الإكراه بملجئ من قتل أو قطع عضو أو ضرب مبرح فإنه يرخص له أن يظهر ما أمر به على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان ولا تبين زوجته استحضانا كما سيجي في بابه (قوله فليسا بشرط) هذا في المذكورة بالاتفاق وأما في البلوغ فمعتوها خلافا لأبي يوسف كما يأتي

فإنه يقتل ولا يعفى عنه (من ارتد عرض) الحاكم (عليه الإسلام استحباباً) حل المذهب لبلوغه الدعوة (وتكشف شبهته) بيان لثمة العرض (وبحسب) وجوباً وقبل ندبا (ثلاثة أيام) يعرض عليه الإسلام في كل يوم منها خاتية (إن استمهل) أى طلب المهلة وإلا قتله من ساعته إلا إذا رجع إسلامه بدائع ؛ وكذا لو ارتد ثانياً لكنه يضرب ، وفي الثالثة يحبس أيضاً حتى تظهر عليه التوبة ، فإن عاد فذلك تارخانية .

قلت : لكن نقل في الزواهر عن آخر حدود الخاتية

آخر الباب ح (قوله فإنه يقتل ولا يعفى عنه) قيده في البحر بما إذا كان سكره بسبب محظور بأشبهه بخناراً بلا إكراه وإلا فهو كالمجنون اه ح

قلت : وما يجزم به الشارح من أنه لا يعفى عنه أى إن تاب سيأتى ما يخالفه (قوله من ارتد) أى عن الإسلام فلو أن اليهودى تنصر أو تمجس أو النصراني تهود أو تمجس لم يجبر على العودة لما كان عليه ، لأن استكفر كنه منه واحدة كما في البرجندى وغيره در متقى وسيدكره المصنف (قوله الحاكم) أى الإمام أو القاضي بحر (قوله لا توبته الدعوة) مصدر مضاف للمفعول والدعوة فاعل اه ح . قال في البحر : وعرض الإسلام هو الدعوة إليه ودعوه من باغته الدعوى غير واجبة (قوله بيان لثمة العرض) الظاهر أن ثمة العرض الإسلام والنجاة من النذل ، وأما حداء فهو ثمة التأجيل ثلاثة أيام لأن من انتقل عن الإسلام والعباد بالله تعالى لا بد له غائباً من شبهة فتكشف اه إن أبداه في هذه المدة تأمل (قوله وقيد ندبا) أى وإن استمهل ، وظاهر الرواية الأول . ودعوه لا يجهل بدون استمهال كما في البحر (قوله إن استمهل) أى بعد العرض للتفكير فاستمهل (قوله وإلا قتله) أى بعد عرض الإسلام عليه وكشف شبهته ط (قوله إلا إذا رجع إسلامه) أى فإنه يجهل ، وهل هو حينئذ واجب أو مستحب محل تردد ، والظاهر الثاني تأمل (قوله لكنه يضرب الخ) أى إذا ارتد ثانياً ثم تاب صر به الإمام وحسب سبيله وإن ارتد ثالثاً ثم تاب صر به ضرباً وجيعاً وحسبه حتى تظهر عليه آثار التوبة ويرى أنه مخلص من حبي سبيله . فإن عاد فعل به هكذا بحر عن التارخانية . وفي الفتح : فإن ارتد بعد إسلامه ثانياً قبلنا توبته أيضاً وكذا ثالثاً ورابعاً ، إلا أن الكرخي قال : فإن عاد بعد الثالثة يقتل إن لم يقب في الحال ولا يؤجل ، فإن تاب صر به ضرباً وجيعاً ولا يبلغ به الحد ثم يحبس ولا يخرج حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال الخاص فحينئذ يحل سبيله . فإن عاد بعد ذلك فعل به كذلك أبداً مادام يرجع إلى الإسلام . قال الكرخي : هذا قول أصحابنا جميعاً إن المرتد يستتاب أبداً ، وما ذكره الكرخي مروى في النوادر . قال إذا تكررت ذلك منه يضرب ضرباً مبرحاً ثم يحبس إلى أن تظهر توبته ورجوعه اه وذلك لإطلاق قوله تعالى - فإن تابوا وأقاموا الصلاة - الآية . وعن ابن عمر وعلى : لا تقبل توبة من تكررت دته كالأزدبوة ، وهو قول مالك وأحمد والليث . وعن أبي يوسف لو فعل ذلك مراراً يقتل غيلة ، وفسره بأن ينظر فإذا أظهر كلمة الكفر قتل قبل أن يستتاب لأنه ظهر منه الاستخفاف اه باختصار .

وحاصله أن ظاهر قوله وكذا ثالثاً ورابعاً أنه لو استمهل بعد الرابعة يؤجل ولا يحبس بعد التوبة . والذي نقله عن الكرخي أنه لا يؤجل بعد الرابعة بل يقتل إلا إن تاب فإنه يضرب ويحبس كما هو رواية النوادر . وعن ابن عمر وغيره يقتل ولا توبة له مثل الزلديق (قوله عن آخر حدود الخاتية) ونصه : وحكى أنه كان ببغداد نصرانيان مرتدان إذا أخذتا تاباً وإذا تركا عادا إلى الردة . قال أبو عبد الله الباقى يقتلان ولا تقبل توبتهما اه .

أقول : الظاهر أن البلخي اختار قول ابن عمر ، ولا يصح بناؤه على رواية النوادر المارة عن الفتح كما لا يخفى

معزياً للبلخی ما یفید قتله بلا توبة فتنبه (فإن أسلم) فیها (وإلا قتل) لحديث « من بدل دینه فاقطعوه » (وإسلامه أن یتبرأ عن الأديان) سوى الإسلام (أو عما انتقل إلیه) بعد نطقه بالشهادتین ، وتنامه فی الفتح ، ولو أتى بهما علی وجه العادة لم ینفعه ما لم یتبرأ بزایة (وكره) تنزیها لما مر (قتله قبل العرض بلا ضمان) لأن الکفر مبیح للدم ، قید بإسلام المرتد لأن الکفار أصناف خمسة : من ینکر الصانع کالدهریة ، ومن ینکر الوجدانية کالثنویة ، ومن یتبرها لکن ینکر بعثة الرسل کالفلاسفة ، ومن ینکر الكل کالوثنیة ، ومن یر بالکل لکن ینکر عموم رسالة المصطفی صلی الله علیه وسلم

فافهم (قوله بلا توبة) أى بلا قبول توبة ، وليس المراد أنه یقتل إن لم یثبت لأنه لا نزاع فیہ (قوله وإلا قتل) أى ولو عبداً فیقتل وإن تضمن قتله إبطال حق المولی ، وهذا بالإجماع لإطلاق الأدلة فتح . قال فی المنع : وأطلق فشمیل الإمام وغیره ، لکن إن قتله غیره أو قطع عضواً منه بلا إذن الإمام أدبه الإمام اه وسیأتی متنا وشرحا استثناء أربعة عشر لا یقتلون (قوله لحديث البغ) رواية أحمد والبخاری وغیرهما زبلی (قوله بعد لطقه بالشهادتین) کذا قیده فی العایة والهاية ، وعزاه القهستانی إلی المبسوط والإيضاح وغیرهما وقال : وإنما لم یذكره لأن ذلك معلوم لکن مقتضى ما فی المنع عدم اعتقاده ، لأنه عبر عنه بقیل وكأنه تابع ظاهر المتون ، وهو مفاد كلام الزبلی ، وبؤیده ما سید ذكره فی المتن من أن إنكاره الردة توبة ورجوع . وقد یوفى بحمل ما هو ظاهر المتون علی الإسلام لمنجى فی الدنيا عن القتل . وما فی الشروح من اشتراط الطق بالشهادتین ایضا محمول علی الإسلام الحقوق النافع فی الدنيا والآخرة تأمل . وذكر فی الفتح أن الإقرار بالبعث والنشور مسحب (قوله علی وجه العادة) أى بدون التبری . قال فی البحر : وأفاد باشتراط التبری أنه لو أتى بالشهادتین علی وجه العادة لم ینفعه ما لم یرجع عما قال بذلا یرفع بهما کفره ، کذا فی البزازیة وجامع الفصولین اه .

قلت : وظاهره اشتراط التبری وإن لم ینتحل دینا آخر بأن کان کفره بمجرد كلمة ردة ، والظاهر خلافه ، وأن اشتراط التبری فیمن انتحل دینا آخر إنما هو شرط لإجراء أحكام الدنيا علیه ، أما بالنسبة لأحكام الآخرة فیکفیه التنفذ بالشهادتین خلاصا كما یدل علیه ما نذكره فی إسلام العیسویة (قوله لما مر) أى من أن العرض مسحب ویکره تحریما عند من أوجبه أفاده فی شرح الملحق ط (قوله قید بإسلام المرتد) أى فی قوله وإسلامه :

مطلب فی أن الکفار خمسة أصناف ، وما یشرط فی إسلامهم

(قوله لأن الکفار) أى ینکر أصل والمرتد کفره عارض (قوله کالدهریة) بضم الدال نسبة إلی الدهر ینفعها ، سموا بذلك لقولهم - وما یهلکنا إلا الدهر -ح (قوله کالثنویة) وهم الجیوس القائلون بإلھین أو کالجیوس کما فی أنفع الوسائل ، ومقتضاه أنهم غیرهم ، وهو الذى حققه ابن کمال باشا نفلا عن الأمدی مع مشاركة الكل فی اعتقاد أن أصل العالم النور والظلمة : أى النور المسمى بزدان ، وشأنه خلق الخیر . والظلمة المسماة أهر من ، وشأنها خلق الشر (قوله کالفلاسفة) أى قوم منهم کما فی النهر ، وإلا فجمهور الفلاسفة یشقون الرسل علی أبلیغ وجه لقولهم بالإيجاب اه ح أى بالزوم والتولید لا بالإختیار لإنکارهم کونه تعالی مختارا ، ویشکرون کونها ینزل الملك من السماء وکثیرا مما علم بالضرورة بحیى الأنبیاء کحشر الأجساد والجنة والنار .

والحاصل أنهم وإن أثبتوا الرسل لکن لا علی الوجه الذى یشته أهل الإسلام كما ذکره فی شرح المسایرة فصار لإثباتهم بمنزلة العدم ، وعلیه فیصح إطلاق الشارح تأمل (قوله کالوثنیة) فیہ أن الوثنیة لا یشکرون الصانع تعالی کما لا یخفى ح : قال فی شرح السیر : وعبداء الأوثان کانوا یقرون بالله تعالی قال تعالی - ولئن سألتهم من خلقهم

كالعيسوية ، فيكتفى في الأولين بقول لا إله إلا الله ، وفي الثالث بقول محمد رسول الله ، وفي الرابع بأحدهما ، وفي الخامس بهما مع التبري عن كل دين يخالف دين الإسلام بدائع وآخر كراهية الدور ،

ليقولن الله - ولكن كانوا لا يقرّون بالوحدانية . قال تعالى - إذا قيل لا إله إلا الله يستكبرون - اهـ وهذا زاده في الدور على ما في البدائع ، وتبعه الشارح : والظاهر أن صاحب البدائع أدخله في الثنوية لأنهم جمعوا مع الله تعالى معبودا ثانيا وهو أصنامهم فهم منكرون للوحدانية كالمجوس وحكمهم في الإسلام واحد كما تعرفه (قوله كالعيسوية) هم قوم من اليهود ينسبون إلى عيسى الأصمهماني اليهودي ح .

قلت : وجارية البدائع : وصنف منهم يقرّون بالصانع وتوحيده والرسالة في الجملة لكنهم ينكرون عموم رسالة رسولنا صلى الله عليه وسلم وهم اليهود والنصارى . قال في الزهر : وليس المراد كل التصاري بل طائفة منهم في العراق يقال لهم العيسوية صرح بذلك في المحيط والخاصية اهـ (قوله فيكتفى في الأولين الخ) عبارة البدائع : فإن كان من الصنف الأول أو الثاني فقال لا إله إلا الله يحكم بإسلامه ، لأن هؤلاء يمتنعون عن الشهادة أصلا ، فهذا أقروا بها كان ذلك دليل إيمانهم ، وكذلك إذا قال أشهد أن محمدا رسول الله لأنهم يمتنعون عن كل واحدة من كتمني الشهادة فكان الإتيان بواحدة منهما أيتما كانت دلالة الإيمان اهـ أي وبازم من الإيمان بأحدهما الإيمان بالأخرى وهذا صريح في أن الثنوية ينكرون الرسالة فهم كالوثنية ، فيكتفى في الكل بإحدى الكلمتين . وبه صرح في أمع الوسائل فقال : إن عبدة الأوثان والبران والمشرک في الربوبية والمنكر للوحدانية كاثنوية إذا قال الواحد منهم لا إله إلا الله يحكم بإسلامه ، وكذا لو قال أشهد أن محمدا رسول الله أو قل أسامنا أو آمنا بالله اهـ وذكر قلبه عن المحيط أن الكافر إذا أقر بخلاف ما اعتقد يحكم بإسلامه ونحوه في شرح السير الكبير . وبه علم أن ما في شرح المسامرة لابن أبي شريف الشافعي من أنه يكتفى في الثنوى والوثنى بالشهادتين بدون تبري فهو على مذهبه ، أو المراد به إحداهما فافهم (قوله وفي الثالث بقول محمد رسول الله) فلو قال لا إله إلا الله لا يحكم بإسلامه لأنه منكر الرسالة ولا يمتنع عن هذه المقالة ، ولو قال أشهد أن محمدا رسول الله يحكم بإسلامه لأنه يمتنع عن هذه الشهادة فكان الإقرار بها دليل الإيمان بدائع ، ومقتضاه أن الإتيان بالثانية يكفي لأن الممدار على الإقرار بخلاف معتقده (قوله وفي الرابع بأحدهما) علله في الدور بأنه منكر للأدوين جميعا ، فأبهما شهد دخل في دين الإسلام اهـ وهذا التعليل موافق لما قدمناه عن البدائع ، وبه صرح أيضا في شرح السير الكبير ، وزاد أنه لو قال أنا مسلم فهو مسلم لأن عبدة الأوثان لا يدعون هذا الوصف لأنفسهم بل يبرهون على قصد المغايظة للسامعين ؛ وكذا لو قال أنا على دين محمد أو على الخنيفة أو على دين الإسلام ، وقد علمت أن هذا الرابع داخل في الأولين ، والحكم في الكل واحد وهو الاكتفاء بأحد اللفظين عن الآخر وأن ما ر عن شرح المسامرة لا يدفع المقول عندنا فافهم :

مبحث في اشتراط التبري مع الإتيان بالشهادتين

(قوله وفي الخامس بهما مع التبري الخ) ذكر ابن الهمام في المسامرة ، أن اشتراط التبري لإجراء أحكام الإسلام عليه لا لثبوت الإيمان فيها بينه وبين الله تعالى ، فإنه لو اعتقد عموم الرسالة وتشهد فقط كان مؤمنا عند الله تعالى اهـ . ثم إن الذي في البدائع : لو أتى بالشهادتين لا يحكم بإسلامه حتى يبرأ من الدين الذي هو عليه . وزاد في المحيط : لا يكون مسلما حتى يبرأ من دينه مع ذلك ويقر أنه دخل في الإسلام لأنه يحتمل أنه تبرأ من اليهودية ودخل في النصرانية ، فإذا قال مع ذلك ودخل في الإسلام يزول هذا الاحتمال . وقال بعض مشايخنا : إذا قال دخلت

وحینئذ فیستفسر من جہل حالہ بل عم فی الدرر اشتراط التبری من کل یودی ونصرانی ، ومثلہ فی فتاویٰ المصنف وابن نجیم وغیرہا . وفي رهن فتاویٰ قاریؒ الہدایۃ کذا أفی علماؤنا . والذی أفی بہ صحتہ بالشہادتین بلا تبری ،

فی الإسلام یحکم بإسلامہ وإن لم یتبرأ مما کان علیہ لأنہ یدل علی دخول حادث منہ فی الإسلام اہ ومثلہ فی شرح السیر الکبیر .

قلت : اشتراط قوله ودخلت فی دین الإسلام ظاهر فیا إذا تبرأ من دینہ فقط ، أما إذا تبرأ من کل دین بخلاف دین الإسلام فلا یحتاج إلیہ لعدم الاحتمال المذكور ، فلذا لم یدکرہ الشارح مع صیغۃ التبری الّتی ذکرہا . والظاهر أنہ لو أن بالشہادتین وصرح بتعمیم الرسالة إلی بنی اسرائیل وغیرہم أوقال أشہد أن محمدا رسول الله إلی كافة الخلق الإنس والجن ینکفی عن التبری أيضا كما صرح بہ الشافعیۃ .

[تنبیہ] قال فی الفتح : إن اشتراط التبری إنما هو فیمن بین أظهرنا منهم ، وأما من فی دار الحرب لو حمل علیہ مسلم فقال محمد رسول الله فهو مسلم ، أو قال دخلت فی دین الإسلام أو دین محمد صلی الله علیہ وسلم فهو دلیل إسلامہ فکیف إذا أفی بالشہادتین ، لأن فی ذلك الوقت ضیقا ، وقوله هذا إنما أراد بہ الإسلام الذی یدفع عنه القتل الحاضر فیحمل علیہ ویحکم بہ بمجرد ذلك اہ .

قلت : وإنما اکتفی علیہ الصلاة والسلام بالشہادتین لأن أهل زمنہ كانوا منکرین لرسالته أصلا كما یأفی . ثم اعلم أنہ یؤخذ من مسألة العیسوی أن من کان کفرہ بإنکار أمر ضروری کحرمة الخمر مثلا أنہ لابد من تبرئہ مما کان یعتقدہ لأنہ کان یقر بالشہادتین معہ فلا بد من تبرئہ منہ كما صرح بہ الشافعیۃ وهو ظاهر (قوله فیستفسر من جہل حالہ) ذکر ذلك فی النہر بعد أن ذکر أنہ لیس کل اليهود والنصارى كذلك ، بل طائفة منهم یقال لهم العیسویۃ ، فقال : وعلى هذا فینبی أن یتفسر الآتی بالشہادتین منہم إن جہل حالہ اہ أى فإن ادعی أنہ عیسوی یعتقد تخصیص الرسالة بغير بنی اسرائیل لایصح إسلامہ إلا بالتبری ، وإن ادعی أنہ ینکرہا مطلقا اکتفی بالشہادتین فافہم (قوله بل عم فی الدرر الخ) فی البحر أول الجہاد عن الذخیرۃ : أما اليهود والنصارى مکان إسلامہم فی زمنہ علیہ الصلاة والسلام بالشہادتین لأنہم كانوا ینکرون رسالته صلی الله علیہ وسلم ، وأما الیوم ببلاذ العراق فلا یحکم بإسلامہ بہما ما لم یقل تبرأت عن دینی ودخلت فی دین الإسلام ، لأنہم یقولون إنہ رسول إلی العرب والعجم لآل بنی اسرائیل ، کذا صرح بہ محمد اہ . وفي شرح السیر للسرخی : وأما اليهود والنصارى الیوم بین ظہرائی المسلمین إذا أفی واحد منہم بالشہادتین لایکون مسلما لأنہم جمیعا یقولون هذا لیس من نصرانی ولا یودی عندنا نسألہ إلا قال هذه الکأمة ، فإذا استفسرته قال رسول الله إلیکم لآل بنی اسرائیل ثم قال : ولو قال أنا مسلم لم یکن مسلما بهذا لأن کل فریق یدعی ذلك لنفسہ ، فالمسلم هو المسلم للحق ، وکل ذی دین یدعی أنہ متفاد للحق ، وكان شیخنا الإمام یقول إلا المجرس فی دیارنا فمن یقول : منہم أناس مسلم بصیر مسلما لأنہم یأبون هذه الصیغۃ لأنفسہم ویسبون بہ أولادہم ویقولون یا مسلمان اہ :

قلت : وما عزاء إلی شیخہ یعنی الإمام الحلوانی جزم بہ فی محل آخر ، وقدمنا عنہ قریبا فی الوثقی أنہ یصیر مسلما بقوله أنا مسلم أو علی دین محمد أو الخنیفیۃ أو الإسلام ، فعلی هذا یقال كذلك فی اليهود والنصارى فی بلادنا لأنہم یمتنعون من قول أنا مسلم ، حتی إن أحدہم إذا أراد منع نفسه عن أمر یقول إن فعلتہ اكون مسلما :

لأن التلفظ بها صار علامة على الإسلام فيقتل إن رجع مالم يعد (و) اعلم أنه لا يفتى بكفر مسلم أمكن حمل كلامه على عمل حسن

فلذا قال أنا مسلم طائعا فهو دليل إسلامه وإن لم يسمع منه النطق بالشهادتين ، كما صرح به في شرح السيرة فيمن صلى بجماعة فإنه يحكم بإسلامه وبأنه يحكم بالإسلام بمجرد سماع المسلمين في حق الصلاة عليه إذا مات وكذا يمتنعون من النطق بالشهادتين أشد الامتناع فلذا أتى بهما طائعا يجب الحكم بإسلامه لأنه فوق السبأ ، إذ لا شك أن محمدا إنما اشترط التبري بناء على ما كان في زمنه من إقرارهم بالرسالة على خلاف ما كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم من إنكارها فلذا أنكروها في زماننا وامتنعوا من النطق بالشهادتين يجب أن يرجع الأمر إلى ما كان في زمنه صلى الله عليه وسلم إذ لم يبق وجه للعدول عنه على أن محمدا إنما حكم على ما كان في بلاد العراق لا مطلقا كما يوهمه مافى الدرر ، وعن هذا ذكر العلامة قاسم أنه سئل عن سامري أتى بالشهادتين ثم رجع . فأوجب بما حاصله أنه ينظر في اعتقاده ، فإنهم ذكروا أن بعض اليهود يخصص رسالة نبينا صلى الله عليه وسلم بالعرب وهذا لا يكفي مجرد الشهادتين ، بخلاف من ينكر الرسالة أصلا ، وبعض من أعى الله قلبه جعلهم فرقة واحدة في جميع البلاد حتى حكم في نصراني منكر الرسالة تلفظ بالشهادتين ببقائه على النصرانية لأنه لم يترأأه ملخصا .

والحاصل : أن الذي يجب التعويل عليه أنه إن جهل حاله يستفسر عنه ، وإن علم كما في زماننا ، فالأمر ظاهر ، وهذا وجه ما يأتي عن قارى الهداية (قوله لأن التلفظ به صار علامة على الإسلام الخ) أفاد بقوله صار إلى أن ما كان في زمن الإمام محمد تغير لأنهم في زمنه ما كانوا يمتنعون عن النطق بها فلم تكن علامة الإسلام فلا شرط معها التبري . أما في زمن قارى الهداية فقد صارت علامة الإسلام لأنه لا يأتي بها إلا المسلم كما في زماننا ، ولذا نقل في البحر أول كتاب الجهاد كلام قارى الهداية ثم أعقبه بقوله وهذا يجب المصير إليه في ديار مصر بالقاهرة لأنه لا يسمع من أهل الكتاب فيها الشهادتان ، ولذا قيده محمد بالعراق اه ومثله في شرح العلامة المقدسي ونقل أيضا في الدر المنقى كلام قارى الهداية ثم قال : وبه أفتى أحمد بن كمال باشا . وفي شرح المتن لعبد الرحمن أفندي داماد : وأفتى للبعض في ديارنا بإسلامه من غير تبر وهو المعمول به اه فليحفظ اه وقد أحسنك آتاه مافيه الكفاية :

مطلب الإسلام يكون بالفعل كالصلاة بجماعة

[خاتمة] اعلم أن الإسلام يكون بالفعل أيضا كالصلاة بجماعة أو الإقرار بها أو الأذان في بعض المساجد أو الحج وشهود المناسك لا الصلاة وحده وبمجرد الإحرام بحر ، وقدم الشارح ذلك نظما في أول كتاب الصلاة ، وقدمنا الكلام عليه مستوفى ، وذكرنا هناك أنه لا فرق في الإسلام بالفعل بين النيسوى وغيره ، والمراد أنه دليل الإسلام فيحكم على فاعل ذلك به ، وإلا فحقيقة الإسلام المنجية في الآخرة لا بد فيها من التصديق الجازم مع الإقرار بالشهادتين أو بطلونه على الخلاف المار (قوله لا يفتى بكفر مسلم أمكن حمل كلامه على عمل حسن) ظاهره أنه لا يفتى به من حيث استحقاقه للقتل ولا من حيث الحكم ببينونة زوجته .

وقد يقال : المراد الأول فقط ، لأن تأويل كلامه للتباعد عن قتل المسلم بأن يكون قصد ذلك التأويل ، وهذا لا يتأتى معاملته بظاهر كلامه فيها هو حق العبد وهو طلاق الزوجة وملكوها لنفسها ، بدليل ما صرحوا به من أنهم إذا أراد أن يكلم بكلمة مناجاة فجرى على لسانه كلمة الكفر خطأ بلا قصد لا بصدقه القاضي وإن كان لا يكفر فيها

أو كان في كفره خلافاً ولو كان ذلك (رواية ضعيفة) كما حرره في البحر، وعزاه في الأشباه إلى الصخرى .
وفي الدرر وغيرها : إذا كان في المسألة وجوه توجب الكفر وواحد يمنع فعل المفتي الجبل لما يمنع ، ثم لو نيت
ذلك فسلم وإلا لم ينفعه حمل المفتي على خلافه ، وينبغي التعوذ بهذا الدعاء صباحاً ومساءً فإنه سبب العصمة من
الكفر بوعد الصادق الأمين صلى الله عليه وسلم : اللهم إني أعوذ بك من أن أشرك بك شيئاً وأنا أعلم ، وأستغفر لك
لما لا أعلم إنك أنت علام الغيوب .
وتوبة اليأس مقبولة دون إيمان اليأس درو .

بينه وبين ربه تعالى ، فنأمل ذلك وحرره نقلاً فإني لم أر التصريح به ، نعم سيد ذكر الشارح أن ما يكون كفراً اتفاقاً
بطل العمل والنكاح ، ومافيه خلاف يؤمر بالاستغفار والتوبة وتجديد النكاح اه وظاهره أنه أمر احتياط :

مطلب في حكم من شتم دين مسلم

ثم إن مقتضى كلامهم أيضاً أنه لا يكفر بشتم دين مسلم : أي لا يحكم بكفره لإمكان التأويل : ثم رأيت في جامع
المصولين حيث قال بعد كلام أقول : وعلى هذا ينبغي أن يكفر من شتم دين مسلم ، ولكن يمكن التأويل بأن مراده
أخلاقه الرديئة ومعاملته القبيحة لأحققة دين الإسلام ، فينبغي أن لا يكفر حينئذ ، والله تعالى أعلم اه وأقره في [تور العين]
ومعهم أنه لا يحكم بفسخ النكاح ، وفيه البحث الذي قلناه . وأما أمره بتجديد النكاح فهو لا شك فيه احتياطاً
خصوصاً في حق الجمع الأرفال الذين يشتمون بهذه الكلمة فإنهم لا يخطر على بالهم هذا المعنى أصلاً . وقد سئل في الخبرية
عن قال له الحاكم أرض بالشرع فقال لا أقبل فأفتي مفت بأنه كفر وبانت زوجته فهل يثبت كفره بذلك؟ فأجاب :
بأنه لا ينبغي للعالم أن يبادر بكفر أهل الإسلام إلى آخر ما حرره في البحر . وأجاب قبله في مثله بوجوب تعزيره وعقوبته
(قوله ولو رواية ضعيفة) قال الخبير الرملي : أقول ولو كانت الرواية بغير أهل ، ذهبت ، ويدل على ذلك اشتراط
كون ما يوجب الكفر مجمعا عليه اه (قوله كما حرره في البحر) قد هنا عبارته قبيل قوله وشرائط صحته (قوله وجوه)
أي احتمالات لما مر في عبارة البحر عن التواريخ أنه لا يكفر بالتحمل (قوله وإلا) أي وإن لم تكن له نية ذلك
الوجه الذي يمنع الكفر بأن أراد الوجه المكفر أو لم تكن له نية أصلاً لم ينفعه تأويل المفتي لكلامه وحمله إياه على المعنى
الذي لا يكفر ، كما لو شتم دين مسلم وحمل المفتي الدين على الأخلاق الرديئة لنفي القتل عنه فلا ينفعه ذلك التأويل
فجاء بينه وبين ربه تعالى إلا إذا نواه (قوله وينبغي التعوذ بهذا الدعاء صباحاً ومساءً) تدخل أوراد الصباح من نصف
الليل الأخير والمساء من الزوال ، هذا فيما عبر فيه بهما . وأما إذا عبر باليوم واليلة فيعتبران تحديداً من أولهما ،
فلو قدم المأمور به فيما عليه لا يحصل له الموعود به ، أفاده بعض من كتب على الجامع للصغير السيوطي ط :
قلت : ولم أر في الحديث ذكر صباحاً ومساءً بل فيه ذكر ثلاثاً كما في الزواجر عن الحكيم الترمذي : أفلا
أدلك على ما يذهب الله به عنك صغار الشرك وكباره ، تقول كل يوم ثلاث مرات : اللهم إني أعوذ بك أن
أشرك بك شيئاً وأنا أعلم ، وأستغفر لك ما لا أعلم . وعند أحمد والطبراني وأبيهم الناس اتقوا الشرك فإنه أغنى من ديب
النمل ، وقالوا : كيف نقيمه يا رسول الله ؟ قال : قولوا : اللهم إنا نتعوذ بك أن نشرك بك شيئاً نعلمه ،
ونستغفر لك ما لا نعلمه .

مطلب توبة اليأس مقبولة دون إيمان اليأس

(قوله وتوبة اليأس مقبولة دون إيمان اليأس) هو بالمشاة الصالحة ضد الرجاء وقطع الطمع عن الحياة ، وحلل

وفیہا أيضاً شهد نصرانیان علی نصرانی أنه أسلم وهو ینکر لم تقبل شهادتهما ، وكذا لو شهد رجل وامرأتان من المسلمین . وفي النوازل : تقبل شهادة رجل وامرأتین علی الإسلام وشهادة نصرانیین علی نصرانی بأنه أسلم اهـ (وكل مسلم ارتد فتوبته مقبولة إلا) جماعة من تكررت ردة علی مامر (والكافر بسبب نبی) من الأنبياء فإنه يقتل حدا

قوله فی الدرر تبعاً للبرازية بأن الكافر أجنبي غير عارف بالله تعالى وابتدأ إيماناً وحرقالاً ، والقاسق حاله حالة البقاء ، والبقاء أصل من الاعتداء . والدليل علی قبوله مطلقاً قوله تعالى — وهو الذي يقبل التوبة عن عباده — اهـ وقد أطال فی آخر البزارية فی هذه المسألة ، ونقل قبله القول بعدم قبول كل منهما ، وعزاه أيضاً إلى الحنفية والمالكية والشافعية ، وانتصر له مثلاً علی القاری فی شرح [بدء الأملی] وقد منّا ذلك مبسوطاً فی أول باب صلاة الجنائز .

مطلب أجمعوا علی كفر فرعون

وأما إيمان اليأس ، فذهب أهل الحق أنه لا ينع عند الفرغة ، ولا عند معاينة عذاب الاستئصال ، لقوله تعالى — فلم يك ينفعهم إيمانهم لما رأوا بأسنا — ولذا أجمعوا علی كفر فرعون كما رواه الترمذی فی تفسيره فی سورة يونس وإن خالف فی ذلك الإمام العارف المحقق سيدي محي الدين بن عربي فی كتابه الفتوحات : قال العلامة ابن حجر فی الزواجر : فلما وإن كنا نعتقد جلالة قائله فهو مردود ، فإن العصمة ليست إلا الأنبياء مع أنه نقل عن بعض كتبه أنه صرح فيها بأن فرعون مع هامان وقارون فی النار . وإذا اختلف كلام إمام فبؤخذ بما يوافق الأدلة الظاهرة ويعرض عما خالفها ثم أطال فی بيان رده .

مطلب فی استثناء قوم يونس

وذكر أيضاً أنه يستثنى من إيمان اليأس قوم يونس عليه السلام ، لقوله تعالى — لإلا قوم يونس — الآية . بناء علی أن الاستثناء متصل ، وأن إيمانهم كان عند معاينة عذاب الاستئصال ، وهو قول بعض المفسرين بجلاء كرامة ومخصوصية لنبيهم فلا يقاس عليها :

مطلب فی إحياء أبوي النبي صلى الله عليه وسلم بعد موتهما

الآن ترى أن نبينا صلى الله عليه وسلم قد أكرمه الله تعالى بحياة أبويه له حتى آمنّا به كافي حديث صححه القرطبي وابن ناصر الدين حافظ الشام وغيرهما ، فانتفعا بالإيمان بعد الموت علی خلاف القاعدة [كراما لنبيه صلى الله عليه وسلم كما أحيا قنبل بنی إسرائيل ليخبر بقاتله . وكان عيسى عليه السلام يحيى الموتى ، وكذلك نبينا صلى الله عليه وسلم أحيا الله تعالى علی يديه جماعة من الموتى . وقد صرح أن الله تعالى رد عليه صلى الله عليه وسلم الشمس بعد مغيبها حتى صلى علی كرم الله وجهه العصر ، فكما أكرم بعود الشمس والوقت بعد فواته ، فكذلك أكرم بعود الحياة ووقت الإيمان بعد فواته . وما قيل إن قوله تعالى — ولا تسأل عن أصحاب الجحيم — نزل فيهما لم يصح ، وخبر مسلم هـ أبي وأبوك في النار هـ كان قبل علمه اهـ ملخصاً ، وقد منّا تمام الكلام علی ذلك فی باب نكاح الكافر (قوله وفيها أيضاً شهد نصرانيان الخ) هذا ساقط من بعض النسخ ، وسيدكره بعد قوله وكل مسلم ارتد الخ (قوله علی مامر) أي عن الخالية مغزياً للبلخي ، لكن قد منّا أن المروي عن أصحابنا جميعاً خلافه .

مطلب مهم فی حكم ساب الأنبياء

(قوله الكافر بسبب نبی) فی بعض النسخ والكافر يوأو العطف وهو المناسب (قوله فإنه يقتل حدا) يعنى

ولا تقبل توبته مطلقا ، ولو سب الله تعالى قبلت لأنه حق الله تعالى ، والأول حق عبد لا يزول بالتوبة ، ومن شك في عذابه وكفره كفر ، وتماه في الدرر في فصل الجزية معزيا للبرازية ، وكذا لو أبغضه بالقلب فتح وأشباه : وفي فتاوى المصنف : ويجب إلحاق الاستهزاء والاستخفاف به لثقل حقه أيضا ، وفيها : مثل عن قال لشریف لعن الله والدیک والذی الذین خلّفوک : فأجاب : أجمع المضاف یعم ما لم يتحقق عهد ، خلافاً لأبي هاشم وإمام الحرمین كما فی جمیع الجوامع ، وحينئذ فیعم حضرة الرسالة فیبغی القول بکفره ، وإذا كفر بسبه لأنوبة له على ما ذكره البرازی وتوارده الشارحون ، نعم لو لوحظ قول أبي هاشم وإمام الحرمین باحتال العهد فلا كفر ، وهو اللائق بعذبتنا لنصریحهم باللیل إلى ما لا یكفر . وفيها : من نقص مقام الرسالة بقوله بأن سبه صلى الله عليه وسلم أو بفعله بأن بغضه بقلبه قتل حدا كما مر التصريح به ، لكن صرح في آخر الشفاء بأن حکمه کما مرند ،

أن جزاءه القتل على وجه كونه حدا ، ولذا عطف عليه قوله ولا تقبل توبته ، لأن الحد لا یسقط بالتوبة فهو عطف تفسیر ، وأفاد أنه حکم الدنيا ، أما عند الله تعالى فهي مقبولة كما فی البحر .

ثم اعلم أن هذا ذكره الشارح مجازة لصاحب الدرر والبرازية ، وإلا فسلّم خلافه وبأن تحقیقه (قوله مطلقاً) أى سواء جاء ثاباً بنفسه أو شهد عليه بذلك بحر (قوله لأنه حق عبد (۱)) فيه أن حق العبد لا یسقط إذا طالب به كحد القذف ، فلا بد هنا من دلیل يدل على أن الحاكم له هذه المطالبة ولم یثبت ، وإنما الثابت أنه صلى الله عليه وسلم عما عن كثيرین من آذوه وشتموه وقيل إسلامهم كما فی سفیان وغيره (قوله وتماه في الدرر) حيث قال نقلاً عن البرازية . وقال ابن سحنون المالکی : أجمع المسلمون أن شاتمہ كافر ، وحكمه القتل ، ومن شك في عذابه وكفره كفر اه .

قلت : وهذه العبارة المذكورة في الشفاء للقاضي عياض المالکی نقلها عنه البرازی وأخطأ في فهمها ، لأن المراد بها ما قبل التوبة ، وإلا لزم تكفير كثير من الأئمة المهتدين القائلين بقبول توبته وسقوط القتل بها عنه : على أن من قال یقتل وإن تاب یقول إنه إذا تاب لا یعذب في الآخرة كما صرحوا به ، وقدمناه آنفاً ، فلم أن المراد «أقلناه قطعاً» (قوله والدیک والذی الذین خلّفوک) بکسر الدال على لفظ الجمع فهما أوفى أحدهما (قوله فیعم حضرة الرسالة) أى صاحبها صلى الله عليه وسلم ، وعليه لا یختص الحكم بالشریف بل غیره مثله ، لأن آدم عليه السلام أبو جمیع الناس ونوح الأب الثاني (قوله باحتال العهد) المفهوم من العبارة السابقة أنهما یقولان بأنه لا یم إن لم یحقق عهد (قوله فلا كفر) أى لوجود الخلاف في عمومه وتحقق الاحتال فيه (قوله لكن صرح في آخر الشفاء الخ) هذا استلزام على ما فی فتاوى المصنف . وعبارة الشفاء هكذا : قال أبو بکر بن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن من سب النبي صلى الله عليه وسلم یقتل ، ومن قال ذلك مالك بن أنس واللیث وأحمد وإسحاق ، وهو مذهب الشافعی ، وهو مقتضى قول أبي بکر رضی الله تعالى عنه ، ولا تقبل توبته عند هؤلاء ، ومثله قال أبو حنیفة وأصحابه والثوری وأهل الكوفة والأولاد فی المسلم ، لكنهم قالوا هي ردة . وروى مثله الولید بن مسلم عن مالك . وروى الطبرانی مثله عن أبي حنیفة وأصحابه فیمن ینقضه صلى الله عليه وسلم أو یرى منه أو کله اه .

وحاصله أنه نقل الإجماع على كفر الساب ، ثم نقل عن مالك ومن ذكر بعده أنه لا تقبل توبته . فاعلم أن المراد من نقل الإجماع على قتله قبل التوبة ، ثم قال : ومثله قال أبو حنیفة وأصحابه الخ أى قال إنه یقتل یعنی قبل

(۱) (قوله لأنه حق عبد) ، هكذا بخطه ، ولحق في الفارج (لأن حق الله تعالى) والأول حق عبد اه صححه .

ومفاده قبول التوبة كما لا يخفى ، زاد المصنف في شرحه : وقد سمعت من مفتي الحنفية بمصر شيخ الإسلام ابن عبدالعال أن السكال وغيره تبعوا البرازي

التوبة لامطلقا ، ولذا استدرك بقوله لكنهم قالوا هي ردة : يعنى ليست حدا ثم ذكر أن الوليد روى عن مالك مثل قول أبي حنيفة فصار عن مالك روايتان في قبول التوبة وعدمه ، والمشهور عنه العدم ولذا قدمه . وقال في الشفاء في موضع آخر : قال أبو حنيفة وأصحابه : من برى من محمد صلى الله عليه وسلم أو كذب به فهو مرتد حلال الدم إلا أن يرجع اه فهذا تصريح بما علم من عبارته الأولى . وقال في موضع بعد أن ذكر عن جماعة من المالكية عدم قبول توبته ، وكلام شيوخنا هؤلاء مبني على القول بقتله حدا لا كفرا . وأما على رواية الوليد عن مالك ومن وافقه على ذلك من أهل العلم فقد صرحوا أنه ردة قالوا ، ويستتاب منها ، فإن تاب وكل وإن أبى قتل ، فحكوا له بحكم المرتد الملقا ، وفوجه الأول أشهر وأظهر اه يعنى أن قول مالك بعدم قبول توبة أشهر وأظهر مما رواه عنه الوليد ، فهذا كلام الشفاء صريح في أن مذهب أبي حنيفة وأصحابه القول بقول اتوبة أثاره روية الوليد عن مالك ، وهو أيضا قول الثوري وأهل الكوفة والأوزاعي في المسلم أى بخلاف الذى إذا سب فيه لا ينقض عهده عندهم كما مر تحريره في الباب السابق .

ثم إن مانقله عن الشافعي خلاف المشهور عنه ، والمشهور قبول التوبة على تفصيل فيه . قال الإمام المتهتدين الشيخ تقي الدين السبكي في كتابه [السيف المسلول على من سب الرسول] : حاصل المذكور عندنا في حجية أنه متى لم يسلم قتل قطعاً ومتى أسلم ، فإن كان السب قذفاً فالأوجه الثلاثة هل يقتل أو يجلد أو لا شيء . وبما كان غير قذف فلا أعرف فيه نقلاً للشافعية غير قبول توبته . وللحنفية في قبول توبته قريب من الشافعية . ولا يوجد للحنفية غير قبول التوبة . وأما الحنابلة فكلامهم قريب من كلام المالكية ، والمشهور عن أحمد عدم قبول توبته وعنه رواية بقبولها فذهب كذهب مالك سواء ، هذا تحرير المنقول في ذلك اه ماخصا ، فهذا أيضا صريح في أن مذهب الحنفية القبول وأنه لا قول لم بخلافه ، وقد سبقه إلى نقل ذلك أيضا شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية الخليل في كتابه [الصارم المسلول على شاتم الرسول صلى الله عليه وسلم] كما رأيت في نسخة منه قديمة عليها خطه حيث قال : وكذلك ذكر جماعة آخرون من أصحابنا أى الحنابلة أنه يقتل سب الرسول صلى الله عليه وسلم ولا تقبل توبته سواء كان مسلماً أو كافراً ، وعامة هؤلاء لما ذكروا المسألة قالوا خلافا لأبي حنيفة والشافعي وقولهما أى أى حنيفة والشافعي وإن كان مسلماً يستتاب ، فإن تاب وإلا قتل كالمرتد وإن كان ذمياً ، فقال أبو حنيفة لا ينقض عهده ثم قال بعد ورقة قال أبو الخطاب : إذا قذف أم النبي صلى الله عليه وسلم لا تقبل توبته ، وفي الكافر إذا سبنا ثم أسلم روايتان . وقال أبو حنيفة والشافعي : تقبل توبته في الحالين اه ثم قال في عمل آخر قد ذكرنا أن المشهور عن مالك وأحمد أنه لا يستتاب ولا يقطع القتل عنه ، وهو قول الليث بن سعد . وذكر القاضي عياض أنه المشهور من قول السلف وجمهور العلماء ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي : وحكى عن مالك وأحمد أنه تقبل توبته ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ، وهو المشهور من مذهب الشافعي بناء على قبول توبة المرتد اه فهذا صريح كلام القاضي عياض في الشفاء والسبكي وإن تيمية وأئمة مذهبه على أن مذهب الحنفية قبول التوبة بلا حكاية قول آخر عنهم ، وإنما حكوا الخلاف في بقية المذاهب ، وكفى بهؤلاء حجة لو لم يوجد النقل كذلك في كتب مذهبي التي قبل البرازي ومن تبعه مع أنه موجود أيضا كما يأتي في كلام الشارح قريباً ، وقد استوفيت الكلام على ذلك في كتاب سميت [تنبيه الولاة والحكام على أحكام شاتم خير الأنام] أو أحد أصحابه الكرام عليه وعليهم الصلاة والسلام (قوله ومفاده قبول التوبة) أقول : بل هو صريح ، ونص في ذلك كما علمته

والبرازی تبع صاحب [السيف الملول] عزاه إليه ولم يعزه لأحد من علماء الحنفية وقد صرح في التفت ومعين
الحکام وشرح الطحاوی وحواي الزاهدی وغيرها بأن حکمه کالمرتد ولفظ التفت من سب الرسول صلی الله
عليه وسلم فإنه مرتد ، و حکمه حکم المرتد ويفعل به مايفعل بالمرتد انتهى .

(قوله والبرازی تبع صاحب السيف الملول) الذي قاله البرازی إنه يقتل حدا ، ولأنه له أصلا ، سواء بعد
القدرة عليه والشهادة أو جاء ثابا من قبل نفسه كالزندق لأنه حد وجب ، فلا يسقط بالتوبة ولا يتصور فيه خلاف
لأحد ، لأنه تعلق به حق العبد إلى أن قال ودلائل المسألة تعرف في كتاب [الصارم الملول على شاتم الرسول] اه
وهذا كلام يقضى منه غاية العجب ، كيف يقول لا يصور فيه خلاف لأحد بعد ما وقع فيه اختلاف الأئمة المجتهدين مع
صدق الناقلين عنهم كما استحكنا وعزوه المسألة إلى كتاب [الصارم الملول] وهو لابن تيمية الحنبلي يدل على أنه
لم يتصفح ما نقلناه عنه من التصريح بأن مذهب الحنفية والشافعية قبول التوبة في مواضع متعددة ، وكذلك صرح
به السبكي في السيف الملول والقاضي عياض في الشفاء كما سمعته مع أن عبارة البرازی بطولها أكثرها مأخوذ
من الشفاء .

فقد عر أن البرازی قد تساهل غاية التساهل في نقل هذه المسألة وليته حيث لم ينقلها عن أحد من أهل مذهبا
بن استندان ما في الشفاء والصارم أمعن النظر في المراجعة حتى يرى ما هو صريح في خلاف ما فهمه من نقل المسألة
عنهم ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم . فلقد صار هذا التساهل سببا لوقوع عامة المتأخرين عنه في الخطأ حيث
اعتمدوا على نقله وقلدوه في ذلك ولم ينقل أحد منهم المسألة عن كتاب من كتب الحنفية ، بل المنقول قبل حدوث هذا
القول من البرازی في كتابنا وكتب غيرنا خلافة (قوله وقد صرح في التفت الخ) أقول : ورأيت في كتاب الخراج
لأبي يوسف مانصه : وأما رجل مسلم سب رسول الله صلى الله عليه وسلم أو كذبه أو عابه أو تنقصه فقد كفر بالله تعالى
وبانت منه امرأته ، فإن تاب وإلا قتل ، وكذلك المرأة إلا أن أباحنية قال لا تقتل المرأة وتغير على الإسلام اه وهكذا
نقل الخبر الرملي في حاشية البحران المسطور في كتب المذهب أنها ردة ، و حکمها حکمها ، ثم نقل عبارة التفت ومعين
الحکام : والعجب منه أنه أفق بخلافه في الفتاوى الخيرية :

رأيت بخط شيخ مشايخنا السامحاني في هذا المحل والعجب كل العجب حيث سمع المصنف كلام شيخ الإسلام يعني
ابن عبد العال ، ورأى هذه الأقوال كيف لا يشطب منه عن ذلك . وقد استعنى بعض مشايخي رسالة حاصلها
أنه لا يقتل بعد الإسلام وأن هذا هو المذهب اه وكذلك كتب شيخ مشايخنا الرحنى هنا على نسخة أن مقتضى كلام
الشافعية وابن أبي جرة في شرح مختصر البخاري في حديث : إن فريضة الحج أدركت أبي التث : أن مذهب أبي حنيفة
والشافعية حکمه حکم المرتد ، وقد علم أن المرتد تقبل توبته كما نقله هنا عن التفت وغيره ، فإذا كان هذا في سب
الرسول صلى الله عليه وسلم ففي سب الشيخين أو أحدهما بالأول ، فقد تحرر أن المذهب كالمذهب الشافعي قبول
توبته كما هو رواية ضعيفة عن مالك وأن تحتم قتله مذهب مالك ، وما عداه فإنه إما نقل غير أهل المذهب أو طرة
مجهولة لم يعلم كاتبها ، فكن على بصيرة في الأحكام ، ولا تغتر بكل أمر مستغرب وتغفل عن الصواب ، والله تعالى
أعلم اه . وكذلك قال الحموي في حاشية الأشباه نقلًا عن بعض العلماء : إن ما ذكره صاحب الأشباه من عدم
قبول التوبة قد أنكره عليه أهل عصره وأن ذلك إنما يحفظ لبعض أصحاب مالك كما نقله القاضي عياض وغيره :
أما على طريقة تافلا اه . وذكر في آخر كتاب [نور العين] أن العلامة التحرير الشهير بحسام جلبي ألف رسالة في الرد
على البرازی وقال في آخرها : وبالمجمل قد تلجنا كتب الحنفية فلم نجد القول بعدم قبول توبة الساب عندهم سوى

وهو ظاهر في قبول توبته كما مر عن الشفاء اه فليحفظ .

قلت : وظاهر الشفاء أن قوله يا ابن ألف خنزير أو يا ابن مائة كلب ، وأن قوله لما شفى لمن لله بنى هاشم كذلك وأن شتم الملائكة كالأنبياء فليحور .

ومن حوادث الفتوى ما لو حكم حتى يكفره بسبب بني هل لاشافعي أن يحكم بقبول توبته . الطاهر نعم لأنها حادثة أخرى وإن حكم بموجبه نهر .

قلت : ثم رأيت في معروضات المفتي أبي السعود سؤالا ملخصه . أن طالب علم ذكر عدة حديث نبوي فقال أكل أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم صدق يعمل بها . فأجاب بأنه يكفر أولا بسبب استنفاده الإسكاري . وثانيا بإلحاقه الشين للنبي صلى الله عليه وسلم ، ففي كفره الأول عن اعتقاده يؤمر بتجديده الإيمان فلا يقتل ، والثاني يفيد الزندقة ،

ما في البرازية ، وقد علمت بطلانه ونشأ غلطه أول الرسالة اه وسيدكر الشارح عن المحقق المفتي أبي السعود التصريح بأن مذهب الإمام الأعظم أنه لا يقتل إذا تاب ويكتفى بتعزيره ، فهذا صريح المذول عن تقدمه على البراري ومن تبعه ، ولم يستند هو ولا من تبعه إلى كتاب من كتب الحنفية ، وإنما استند إلى فهم أخطأ فيه حيث نقل عن صرح ، بخلاف ما فهمه كما قدمناه ، وإن أردت زيادة البيان في المقام فارجع إلى كتابنا تنبيه الولاة والحكماء (قوله وهو ظاهر في قبول توبته) المراد بقبول التوبة في الدنيا بدفع القتل عنه أما قبولها في الآخرة فهو محقق ، وأصرح . ما قدمناه من كتاب الخراج لأبي يوسف ، فإن تاب وإلا قتل (قوله كذلك) أي يكون شتما لمن ، لكن قوله يا ابن مائة كلب ، إن قاله لشريف فهو ممكن فيجوز فيه الخلاف المار في قبول توبته وعنده ، وإلا فقد يكون له مائة أب ليس فيهم نبي .

على أنه يمكن أن يكون مراده أنه اجتمع على أم المشترك مائة كلب أو ألف خنزير ، فلا يدخل أجداده في ذلك ، وحيث احتمل التأويل فلا يحكم بالكفر عندنا كما مر (قوله وأن شتم الملائكة كالأنبياء) هو مصرح به عندنا ، فقالوا : إذا شتم أحدا من الأنبياء أو الملائكة كفر . وقد علمت أن الكفر بشتم الأنبياء كفر ردة فكذا الملائكة ، فإن تاب فيها وإلا قتل (قوله فليحور) قد علمت تحريره بما قلنا (قوله هل لاشافعي أن يحكم بقبول توبته) أي في إسقاط القتل عنه ، وهو مني على ما ذكره البرازي ، وقد علمت أن أهل المذهب قالوا بقبول توبته فلا وجه لما ذكره اه ط . وكذا قال الرافعي : قد علمت أن هذا ليس مذهبا للحنفية كما نطق به كتبهم ونقله عنهم الأئمة كالفاضل عياض وابن أبي جرة (قوله لأنها حادثة أخرى الخ) يعني أن حكم الحنفى بكفره بناء على أن مذهبه عدم قبول التوبة لا يرفع الخلاف في عدم قبول التوبة لأن عدم قبولها حادثة أخرى لم يحكم بها الحنفى فيسوغ للشافعي الحكم بقبولها وإن قال الحنفى حكمت بالكفر ووجهه لأن موجب الكفر القتل إن لم يتب وهو المتيق عليه ، ولا يلزم منه القتل أيضا إن تاب حتى أنه له وجبات أخر من فسخ النكاح وحبط العمل وغير ذلك ، فلا يكون قول الحنفى حكمت بموجبه حكما بقتله ، وإن تاب للشافعي أن يحكم بعدم قتله إذا تاب .

والعجب من الشارح حيث نقل صريح ما في كتب المذهب من أن الحنفى كالشافعي في قبول توبته كيف جرى صاحب النهر في هذه المسألة ، فكان الصواب أن يبدل الحنفى بالمالكي أو الحنبلي (قوله سؤالا) مقول رأيت . وفي بعض النسخ سؤال بالرفع وهو تحريف (قوله فأجاب بأنه يكفر الخ) قال الشافعي : أقول هذا لا يصدر عن أبي السعود لأن كلام القائل يحتمل أن كل الأحاديث الموجودة ليست صدقا لأن فيها الموضوع ، وهذا الاحتمال

فبعد أخذه لا تقبل توبته اتفاقا فيقتل ، وقبله اختلف في قبول توبته ، فعند أبي حنيفة تقبل فلا يقتل وعند بقية الأئمة لا تقبل ويقتل حدا فلذلك ورد أمر سلطاني في سنة ۹۴۴ لقضاء المالك الحميمة برعاية رأى الجانبين بأنه إن ظهر صلاحه وحسن توبته وإسلامه لا يقتل ، ويكتفى بتعزيره وحسنه عملا يقول الإجماع الأعظم وإن لم يكن من أناس يفهم خبرهم يقتل عملا بقول الأئمة ، ثم في سنة ۹۵۵ تقرر هذا الأمر بآخر ، فينظر القاتل من أى الفريقين هو فيعمل بمقتضاه اه فليحفظ ، وليكن التوفيق (أو) الكافر بسب (الشيخين أو) بسب (أحدهما) في البحر عن الجوهرة معزيا للشهيد من سب الشيخين أو طعن فيهما كفر ولا تقبل توبته ، وبه أخذ الدبوس وأبو الليث ، وهو المختار للفتوى انتهى ، وجزم به في الأشباه وأقره المصنف قائلا : وهذا يقوى القول بعدم قبول توبة سب الرسول صلى الله عليه وسلم ، وهو الذى ينبغى التعويل عليه في الإفتاء والقضاء رعاية لجانب حضرة المصطفى صلى الله عليه وسلم اه لكن في النهر وهذا لا وجود له في أصل الجوهرة ، وإنما وجد على هامش بعض النسخ ، فألحق بالأصل مع أنه لا ارتباط له بما قبله انتهى :

أقرب من غيره ، وتقدم عن الدور إذا كان في المسألة وجوه توجب الكفر ووجه واحد يمنعه فعل المتي الميل لما يمنعه وقوله والثاني : أى إلحاق الشيخ يفيد الزندقة .
أقول : لا إفادة فيه لأن الزندقة أن لا يتدين بدين اه وكتب ط نحوه (قوله فبعد أخذه الخ) تفريع على كونه صار زنديقا .

وحاصل كلامه أن الزنديق لو تاب قبل أخذه : أى قبل أن يرفع إلى الحاكم تقبل توبته عندنا وبعده لا اتفاقا وورد الأمر السلطاني للقضاء بأن ينظر في حال ذلك الرجل إن ظهر حسن توبته يعمل بقول أبي حنيفة وإلا فيقول باقى الأئمة ، وأنت خير بأن هذا مبنى على مامشى عليه القاضي عياض من مشهور مذهب مالك وهو عدم قبول توبته وأن حكمه حكم الزنديق عندهم ، وتبعه البزازى كما قدمناه عنه ، وكذا تبعه في الفتح ، وقد علمت أن صريح مذهبنا خلافه كما صرح به القاضي عياض وغيره (قوله وليكن التوفيق) أى يحمل مامر عن التبع وغيره من أنه يفعل به ما يعمل بالمرتد على ما إذا تاب قبل أخذه ، وحل ما في البزازية على ما بعد أخذه ، وأنت خير بأن هذا التوفيق غير ممكن لتصريح عامنا بأن حكمه حكم المرتد ، ولا شك أن حكم المرتد غير حكم الزنديق ولم يفصل أحد منهم هذا التفصيل ، ولأن البزازى ومن تابعه قالوا إنه لا توبة له أصلا سواء بعد القدرة عليه والشهادة أوجاه تأييدا من قبل نفسه كما هو مذهب المالكية والحنابلة ، فعلم أنهما قولان مختلفان ، بل مذهبان متباينان . على أن الزنديق الذى لا تقبل توبته بعد الأخذ هو المعروف بالزندقة الداعى إلى زندقته كما باتى ، ومن صلوات منه كلمة الشتم مرة عن غيظ أو نحوه لا يصير زنديقا بهذا المعنى (قوله وهو الذى ينبغى التعويل عليه) قلت : الذى ينبغى التعويل عليه ما نص عليه أهل المذهب فإن اتباعنا له واجب ط (قوله رعاية لجانب حضرة المصطفى صلى الله عليه وسلم) أقول : رعاية جانبه في اتباع ما ثبت عنه عند المجتهد (قوله لكن في النهر الخ) قال السيد المحمدي في عاشية الأشباه : حكى عن عمر بن نجيم أن أخاه أفتى بذلك فطلب منه الثقل فلم يوجد إلا على طرة الجوهرة وذلك بعد حرق الرجل اه .

مطلب مهم في حكم سب الشيخين

وأقول : على فرض ثبوت ذلك في حانة لسخ الجوهرة لا وجه له يظهره لما قدمناه من قبل توبة من سب الأنبياء عندنا خلافا للمالكية والحنابلة ، وإذا كان كذلك فلا وجه للقول بعدم قبول توبة من سب الشيخين بل لم يثبت ذلك

قلت : ويكفيها ما مر من الأمر فقدير .

عن أحد من الأئمة فيما أعلم اه وقله عنه السيد أبو السعود الأزهرى فى حاشية الأشباه ط .
 اقول : نعم نقل فى البرازية عن الخلاصة أن الراضى إذا كان يسب الشيخين ويأمنهما فهو كافر . وإن كان
 يفضل عليهما عليهما فهو مبتدع اه وهذا لا يستلزم عدم قبول التوبة . على أن الحكم عليه بالكفر مشكك ، افى الاختيار
 اتفق الأئمة على تفضيل أهل البدع أجمع وتخطئتهم ، وسب أحد من الصحابة وبغضه لا يكون كفرا ، لكن يضال الخ .
 وذكر فى فتح القدير أن الخوارج الذين يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويكفرون الصحابة حكمهم عند جمهور
 الفقهاء وأهل الحديث حكم البغاة . وذهب بعض أهل الحديث إلى أنهم مرتدون . قال ابن المنذر . ولا أعلم
 أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم ، وهذا يقتضى نقل إجماع الفقهاء . وذكر فى المحيط أن بعض الفقهاء
 لا يكفر أحدا من أهل البدع . وبعضهم يكفرون البعض ، وهو من خالف بدعته دليلا قطعا وسهيا .
 أهل السنة ، والنقل الأول أثبت ، وابن المنذر أعرف بنقل كلام المجتهدين ، نعم يقع فى كلام أهل المذهب تكبير
 كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ، ولا عبرة بغير الفقهاء ، والمنور عن
 المجتهدين ما ذكرنا اه وما يزيد ذلك وضوحا ما صرحوا به فى كتبهم متروكا وشروحا من قولهم . ولا تقبل شهادة
 من يظهر سب السلف وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطائية . وقال ابن ملك فى شرح الجمع : وزد شهادة
 من يظهر سب السلف لأنه يكون ظاهر الفسق ، وتقبل من أهل الأهواء الجبر والقدر والرفض والخوارج (۱) والتشبيه
 والتعطيل اه . وقال الزبلى أو يظهر سب السلف يعنى الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون لأن هذه الأشياء
 تدل على قصور عقله وقلة مروءته ، ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن الكذب عادة ، بخلاف ما لو كان يحق
 السب اه ولم يعط أحد لعدم قبول شهادتهم بالكفر كما ترى ، نعم استثنوا الخطائية لأنهم يرون شهادة الزور
 لأشباعهم أو للحالف ، وكذا نص المحدثون على قبول رواية أهل الأهواء فهذا قيمن يسب عامة الصحابة ويكفرهم
 بناء على تأويل له فاسد .

فعلم أن ما ذكره فى الخلاصة من أنه كافر قول ضعيف مخالف للمتون والشروح ، بل هو مخالف لإجماع
 الفقهاء كما سمعت . وقد ألف العلامة منلا على القارى رسالة فى الرد على الخلاصة ، وبهذا تعلم قطعا أن ما عرى
 إلى الجوهرة من الكفر مع عدم قبول التوبة على فرض وجوده فى الجوهرة باطل لا أصل له ولا يجوز العمل به ،
 وقد مر أنه إذا كان فى المسألة خلاف ولو رواية ضعيفة ، فعلى المفتى أن يميل إلى عدم التكفير ، فكيف يميل هنا
 إلى التكفير المخالف للإجماع فضلا عن ميله إلى قتله وإن تاب ، وقد مر أيضا أن المذهب قول توبة سب
 الرسول صلى الله عليه وسلم فكيف سب الشيخين : والعجب من صاحب البحر حيث تساهل غاية التساهل
 فى الإفتاء بقتله مع قوله : وقد ألزمت نفسى أن لا أفق بشئ من ألفاظ التكفير المذكورة فى كتب الفتاوى ،
 نعم لاشك فى تكفير من قذف البسطة عائشة رضى الله تعالى عنها أو أنكر محبة الصديق ، أو اعتقد الألوهية فى على
 أو أن جبريل غلط فى الوحي ، أو نحو ذلك من الكفر الصريح المخالف للقرآن ، ولكن لو تاب قبل توبته ،
 هذا خلاصة ما حررناه فى كتابنا تنبيه الولاة والحكام ، وإن أردت الزيادة فارجع إليه واعتمد عليه فيه الكفاية
 لدوى البراية (قوله ويكفيها الخ) هذا مرتبط بقوله وهذا بقوى القول الخ ط والمراد بالأمر الأمر السلطاني ،
 وقد علمت ما فيه .

(۱) (قوله والخوارج) هكذا بخطه ، ولعل الأئمة مما قبله وما بعده أن يقول والخروج تأمل اه مصححه .

وفي المعروضات المذكورة مامعناه أن من قال عن فصوص الحكم للشيخ محي الدين بن العربي إنه خارج عن الشريعة وقد صفه للإضلال ومن طالع ملحد ماذا يلزمه ؟ أجاب : نعم فيه كلمات تبين الشريعة ، وتكاف بعض المتصلين لإرجاعها إلى الشرع ، لكننا نيقنا أن بعض اليهود اقترأها على الشيخ قدس الله سره فيجب الاحتياط ترك مطالعة تلك الكلمات ، وقد صدر أمر سلطاني بالهني فيجب الاجتناب من كل وجه انتهى فليحفظ . وقد أثنى صاحب الفاء وس عليه في سؤال رفع إليه فيه : فكتب الأهم أنطقنا بما فيه رضاك ، الذي أعقده

والحاصل أنه لاشك ولا شبهة في كفر شاتم النبي صلى الله عليه وسلم وفي استباحة قتله ، وهو المنقول عن الأئمة الأربعة . وإنما الخلاف في قبول توبته إذا أسلم . فعندنا وهو المشهور عند الشافعية القبول . وعند المالكية والخنابلة عدمه بناء على أن قتله حداً أولاً . وأما الراقض سب الشيخين بدون قذف للسيدة عائشة ولا إنكار لصحبة الصديق وهو ذلك فليس بكفر فضلاً عن عدم قبول التوبة بل هو ضلال وبدعة وسيأتي تماده في أول باب البغاة إن شاء الله تعالى .

• طلب في حال الشيخ الأكبر سيدي محي الدين ابن عربي

نفعنا الله تعالى به

(قوله للشيخ محي الدين بن العربي) هو محمد بن علي بن محمد الحاتمي الطائفي الأندلسي العارف الكبير ابن عربي ، ويقال ابن العربي . ولد سنة ۵۶۰ ومات في ربيع سنة ۶۳۶ ودفن بالصالحية . وحسبك قول زروق وغيره من الفضول داكبين بعض فضله ، هو أعرف بكل فن من أهله ، وإذا أطلق الشيخ الأكبر في عرف القوم فهو المراد ، وتماه في ط عن حبيبات الدماوي (قوله بعض المتصلين) أي المتكلمين (قوله لكننا نيقنا الخ) لعل ييقنه بذلك بدليل ثبت عنده أو بسبب عدم إطلاعه على مراد الشيخ فيها وأنه لا يمكن تأويلها فتعين عنده أنها مفتراة عليه ، كما وقع للعارف الشعراني أنه افترى عليه بعض الحساد في بعض كتبه أشياء مكفرة وأشاعها عنه حتى اجتمع بعلماء عصره وأخرج لهم مسودة كتابه التي عليها خطوط العلماء فإذا هي بخالية عما افترى عليه هذا . ومن أراد شرح كلماته التي اعترضها المذكرون فليرجع إلى كتاب [الرد المتين على منتقص العارف محي الدين] لسيدي عبد الغني النابلسي (قوله فيجب الاحتياط الخ) لأنه إن ثبت اقترأها فالأمر ظاهر . وإلا فلا يفهم كل أحد مراده فيها ، فيخشى على الناظر فيها من الإنكار عليه أو فهم خلاف المراد . وللحافظ السيوطي رسالة سماها [تنبيه الغبي بثرقة ابن عربي] ذكر فيها أن الناس افترقوا فيه فرقتين : الفرقة المصيبة تعتقد ولايته ، والأخرى بخلافها . ثم قال : والقول الفصل عندى فيه طريقة لا يرضاها البرققان ، وهي اعتقاد ولايته وتحريم النظر في كتبه . فقد نقل عنه أنه قال : نحن قوم يحرم النظر في كتبنا ، وذلك أن الصوفية تواطؤوا على ألفاظ اصطلاحوا عليها وأرادوا بها معاني غير المعاني المتعارفة منها بين الفقهاء ، فن حلها على معانيها المتعارفة كفر . نص على ذلك الغزالي في بعض كتبه . وقال إنه شبهه بالمشابهة في القرآن والسنة كالوجه واليد والعين والاستواء . وإذا ثبت أصل الكتاب عنه فلا بد من ثبوت كل كلمة لاحتمال أن يدس فيه . ليس منه من عدو أو ملحد أو زنديق وثبوت أنه قصد بهذه الكلمات المعنى المتعارف ، وهذا لا سبيل إليه . ومن ادعاه كفر لأنه من أمور القلب التي لا يطلع عليها إلا الله تعالى .

وقد سأل بعض أكارم العلماء بعض الصوفية : ما حكمكم على أنكم اصطلاحتم على هذه الألفاظ التي يستشع ظاهرها ، فقال غيره . على طريقنا هذا أن يدعيه من لا يحسنه ويدخل فيه من ليس أهله ، والمتصدى للنظر في كتبه أو إقراءها لم يصح نفسه ولا غيره من المسلمين ولا سيما إن كان من القاصرين عن علوم الظاهر فإنه يضل

وَأَدِينُ اللَّهِ بِهِ إِنَّهُ كَانَ رَاضِيً بِاللَّهِ تَعَالَى عَنْهُ شَيْخُ الطَّرِيقَةِ حَالًا وَعِلْمًا ، وَإِمَامُ الْحَقِيقَةِ حَقِيقَةً وَرِسْمًا ، وَهَيِّ رَسُومَ
الْمَعَارِفِ فَعَلًا وَاسْمًا :

إِذَا تَغَلَّغَلَ فِكْرُ الْمَرْءِ فِي طَرَفٍ مِنْ عِلْمِهِ غَرَقَتْ فِيهِ خَوَاطِرُهُ

عِيَابَ لَا تَكْذِبُ الدَّلَاءَ ، وَسَحَابَ تَقْصَاصِي عَنْهُ الْأَنْوَاءَ ، كَانَتْ دَعْوَتُهُ تَخْرُقُ السَّحَابَ الطَّاقَ ، وَتَهْرُقُ رُكْنَهُ
فَتَمْلَأُ الْآفَاقَ .

وَأِنِّي أَصِفُهُ وَهُوَ يَقِينًا فَوْقَ مَا وَصَفْتُهُ ، وَنَاطِقٌ بِمَا كَتَبْتُهُ ،

وَيُضِلُّ ، وَإِنْ كَانَ عَارِفًا فَلَيْسَ مِنْ طَرِيقَتِهِمْ إِقْرَاءُ الْمُرِيدِينَ لِكِتَابِهِمْ ، وَلَا يُؤْخَذُ هَذَا الْعِلْمُ مِنَ الْكِتَابِ إِلَّا مَلْحَصٌ .
وَذَكَرَ فِي مَحَلِّ آخِرٍ : سَمِعْتُ أَنَّ الْفَقِيهَ الْعَالِمَ الْعَلَامَةَ عَزَّ الدِّينَ بْنِ عَبْدِ السَّلَامِ كَانَ يَطْعَنُ فِي ابْنِ عَرَبٍ ، يَقُولُ هُوَ
زَنْدِيقٌ ، فَقَالَ لَهُ يَوْمًا بَعْضُ أَصْحَابِهِ : أُرِيدُ أَنْ تَرِيَنِي الْقُتُبَ وَأَشَارَ إِلَى ابْنِ عَرَبٍ ، فَقَالَ لَهُ أَنْتَ تَطْعَنُ فِيهِ فَقَدْ
حَتَّى أَصَوْنُ ظَاهِرَ الشَّرْعِ أَوْ كَمَا قَالَ أَمَّا . وَلِلْمُحَقِّقِ ابْنِ كَمَالٍ بِأَشَافَتُوهُ قَالَ فِيهَا بَعْدَ مَا أَبْدَعَ فِي مَادِحِهِ وَبِهِ مَصِيفَاتُ
كَبِيرَةٍ : مِنْهَا فَصُوصٌ حَكْمِيَّةٌ وَفَتْوحَاتُ مَكِّيَّةٌ بَعْضُ مَسَائِلِهَا مَفْهُومُ النَّصِّ وَالْمَعْنَى وَمَوَاقِفُ بَلَاءٍ لِلْإِسْمِ وَاشْتِرَاعُ
النَّبَوِيِّ ، وَبَعْضُهَا خَفِيَ عَنْ إِدْرَاكِ أَهْلِ الظَّاهِرِ دُونَ أَهْلِ الْكَشْفِ وَالْبَاطِنِ ، وَمَنْ لَمْ يَطْعَنْ عَلَى الْمَعْنَى الْمُرَامِ بِحَبِّ عَيْبِهِ
السَّكُوتُ فِي هَذَا الْمَقَامِ وَلَقَوْلُهُ تَعَالَى - وَلَا تَقِفْ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْهَوِيَ كُلَّهُ لَكَ كَرِهَ
مَسْئُولًا - (قَوْلُهُ شَيْخُ الطَّرِيقَةِ حَالًا وَعِلْمًا) الطَّرِيقَةُ : هِيَ السَّبِيلُ اخْتَصَصَ بِالسَّالِكِينَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى مِنْ قَطْعِ الْمَنَارِبِ
وَالْتَرَقِّي فِي الْمَقَامَاتِ ، وَالْحَالُ عِنْدَ أَهْلِ الْحَقِّ مَعْنَى يَرُدُّ عَلَى الْقَلْبِ مِنْ غَيْرِ تَصْنَعٍ وَلَا جِتْلَابٍ وَلَا اِكْتِسَابٍ ،
مِنْ طَرَبٍ أَوْ حَزَنٍ ، أَوْ قَبْضٍ أَوْ بَسْطٍ ، أَوْ هَيْبَةٍ ، وَيَزُولُ بِظُهُورِ صِفَاتِ النَّفْسِ سِوَاهِ تَعْقِبِهِ الْمَثَلِ أَوَّلًا ، فَيُؤَدِّدُهُ
وَصَارَ مُلْكَةً يَسْمَى مَقَامًا ، فَالْأَحْوَالُ مُوَاهِبٌ ، وَالْمَقَامَاتُ تَحْصُلُ بِبَذْلِ الْمَجْهُودِ ، وَالْعِلْمُ هُوَ اِعْتِقَادُ الْجَزَائِمِ الْمُنَاطِقِ
لِلْوَاقِعِ ، وَمَنْعَةُ فَعْلٍ وَهُوَ مَا لَا يُؤْخَذُ مِنَ الْغَيْرِ وَانْفَعَالِي مَا أَخَذَ مِنَ الْغَيْرِ أَمَّا مِنْ تَعْرِيفَاتِ السَّيِّدِ الشَّرِيفِ قُدْسُ سِرِّهِ
(قَوْلُهُ وَإِمَامُ الْحَقِيقَةِ) هِيَ مَشَاهِدَةُ الرُّبُوبِيَّةِ بِالْقَلْبِ ، وَيُقَالُ هِيَ سِرٌّ مَعْنَوِيٌّ لِأَحَدِهِ وَلَا حِجَةَ . وَهِيَ وَالطَّرِيقَةُ
وَالشَّرِيعَةُ مُتَلازِمَةٌ ، لِأَنَّ الطَّرِيقَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى لَهَا ظَاهِرٌ وَبَاطِنٌ ، فَظَاهِرُهَا الشَّرِيعَةُ وَالطَّرِيقَةُ وَبَاطِنُهَا الْحَقِيقَةُ فَيَطْوُونَ
الْحَقِيقَةَ فِي الشَّرِيعَةِ وَالطَّرِيقَةَ كَيَطْوُونَ الزُّبْدَ فِي لَبْنِهِ لَا يَطْفُرُ مِنَ اللَّبَنِ زُبْدُهُ بِدُونِ خُمْضِهِ ، وَالْمُرَادُ مِنَ الثَّلَاثَةِ إِقَامَةُ الْمُؤَدِّيَةِ
عَلَى الْوَجْهِ الْمُرَادِ مِنَ الْعَبْدِ أَمَّا مِنَ الْفَتْوحَاتِ الْإِلَهِيَّةِ لِلْقَاضِي زَكَرِيَا (قَوْلُهُ حَقِيقَةً وَرِسْمًا) الْحَقِيقَةُ ضِدُّ الْمَجَازِ . وَالرَّسْمُ
الْأَثَرُ أَوْ بَقِيَّتُهُ أَوْ مَا لَا شَخْصَ لَهُ مِنَ الْأَثَارِ جَمْعُهُ أَرْسَمَ وَرَسُومٌ قَامُوسٌ ، وَالْمُرَادُ أَنَّهُ الْإِمَامُ مِنْ بَهْجَةِ الْحَقِيقَةِ وَنَفْسِ
الْأَمْرِ ، وَمِنْ بَهْجَةِ الْأَثَرِ الظَّاهِرِ لِلْبَصَرِ (قَوْلُهُ فَعَلًا وَاسْمًا) أَيُّ أَحْيَا أَثَارَهَا مِنْ بَهْجَةِ الْفِعْلِ وَالاسْمِ حَتَّى صَارَتْ
الْمَعَارِفُ فَاعِلَةً أَفْعَالًا وَمَشْهُورَةً بَيْنَ النَّاسِ (قَوْلُهُ إِذَا تَغَلَّغَلَ الْخ) هَذَا بَيْتٌ مِنْ بَحْرِ الْبَسِيطِ . وَتَغَلَّغَلَ الدَّخُولُ
وَالْإِسْرَاعُ . وَالْفَكْرُ بِالْكَسْرِ وَيَقْتَضِي إِعْمَالَ النَّظَرِ فِي الشَّيْءِ : وَالْخَاطِرُ : الْمَاجِسُ قَامُوسٌ . وَهُوَ مَا يَخْطُرُ فِي الْقَلْبِ
مِنْ تَدْبِيرٍ أَوْ مَصِيبَةٍ (قَوْلُهُ عِيَابَ) كَفَرَابٍ مَعْظَمُ السَّبِيلِ وَكُتْرَتُهُ وَمَوْجُهُ : وَالْدَّلَاءُ جَمْعُ دَلْوٍ : أَيُّ لَا يَتَغَيَّرُ بِأَخْذِ
الدَّلَاءِ مِنْهُ ، لِأَنَّهُ لَا تَصِلُ إِلَى أَسْفَلِهِ لِكُتْرَتِهِ (قَوْلُهُ تَقْصَاصِي عَنْهُ الْأَنْوَاءَ) التَّقْصَاصِي : بِالْقَافِ وَالصَّادِ الْمُهْمَلَةِ
التَّبَاعُدُ . وَالْأَنْوَاءُ : جَمْعُ نَوْءٍ وَهُوَ النَّجْمُ . وَاسْتِنَاءَهُ : طَلَبُ نَوْءٍ أَوْ عَطَاءُهُ قَامُوسٌ : أَيُّ أَنَّهُ سَحَابٌ تَتَبَاعَدُ عَنْ مَطَرِهِ
وَفِيهِهِ النُّجُومُ الَّتِي يَكُونُ الْمَطَرُ وَقْتُ طُلُوعِهَا ، أَوْ تَتَبَاعَدُ عَنْهُ عَطَايَا النَّاسِ : أَيُّ لَا تَنْشَبُهِ (قَوْلُهُ الْآفَاقُ) جَمْعُ أَفْقٍ
بِضْمٍ وَبِضْمَتَيْنِ النَّاحِيَّةِ وَمَا ظَهَرَ مِنْ نَوَاحِي الْفَلَكَ قَامُوسٌ (قَوْلُهُ وَهُوَ يَقِينًا) مَفْعُولٌ مُطْلَقٌ لِفِعْلِ مَحْنُوفٍ ، تَقْدِيرُهُ
أَيُّقُنُهُ ، حِجْلَةٌ مُعْتَرِضَةٌ بَيْنَ الْمُبْتَدَأِ وَالْخَبَرِ ط (قَوْلُهُ وَنَاطِقٌ بِمَا كَتَبْتُهُ) الْمُرَادُ أَنَّهُ مَقْرَبُهُ وَأَنَّ الْقَوْلَ طَابِقٌ لِفِعْلِ ط

وغالب ظنی انی ما أنصفته :

وما علیّ إذا ما قلت معتقدي دع الجهول یظن الجهل عدوانا
والله والله والله العظيم ومن أقامه حجة لله برهانا
إن الذي قات بعض من مناقبه مازدت إلا لعلی زدت نقصانا

إلی أن قال : ومن خواص كتبه أنه من واطب علی مطالعتها انشرح صدره لفك المعضلات ، وحل المشكلات وقد أتى علیه الشيخ العارف عبد الوهاب الشعراي سیا فی كتابه [تنبيه الأغبياء، علی قطرة من بحر علوم الأولیاء] معین وبالله التوفیق (و) الكافر بسبب اعتقاد (السحر) توبة له (ولو امرأة) فی الأصح

والجملة عطف علی أصغه (قوله ما أنصفته) یقال أنصفته إنصافا عاملته بالعدل والقسط مصباح (قوله وما علیّ) ما استفهامیة أو نافية : أى وما علیّ شیء (قوله یظن الجهل) أى یظن الجهل فی غیره فهو مفعول أول أو یظن الظن الجهل فهو مفعول مطلق ، وقوله عدوانا أى ظانیا مفعول لأجله أو حال ، وهذا أولى مما قبل إن الجهل بمعنى المجہول مفعول أول وعدوانا مفعول ثان : أى ذاعدوان فافهم (قوله برهانا) هو الحجة قاموس ، فهو حال مؤكدة ط (قوله من مناقبه) جمع منقبة وهی المفضرة قاموس ط (قوله إلا لعلی) أى لكن أخاف وأشفق أنى زدت من جهة النقصان والتقصیر فی حقّه ، فقصاصا تمیز لامفعول زدت كلاً یرد علیه ما قبل فی زاد النقص أنه لا مناسبة بین الزیادة والنقص حتى یسلط أحدهما علی الآخر .

مطلب فی الساحر والساحرة

(قوله والكافر بسبب اعتقاد السحر) فی الفتوح : السحر حرام بلا خلاف بین أهل العلم ، واعتقاد إباحته كفر . وعن أصحابنا ومالك وأحمد یكفر الساحر بتعالیه وفعله سواء اعتقد الحرمة أو لا ویقتل وفیه حدیث مرفوع « حد الساحر ضربة بالسيف » یعنی القتل وعند الشافعی لا یقتل ولا یكفر إلا إذا اعتقد إباحته . وأما البکاهن ، فقبل هو الساحر ، وقبل هو العراف الذى یحدث ویتمخص ، وقيل من له « من الجن من یأتیه بالأخبار » وقال أصحابنا : « إن اعتقد أن الشیاطین یفعلون له ما یشاء كفر لا إن اعتقد أنه تمییل ، وعند الشافعی إن اعتقد ما یوجب الکفر مثل التقرب إلى الكواكب وأنها تفعل ما یلتمه كفر . وعند أحمد حکمه كالساحر فی رواية یقتل ، وفی رواية إن لم یقتل ، ویجب أن لا یعدل عن مذهب الشافعی فی كفر الساحر والعراف وعذمه . وأما قتله فیجب ولا یستتاب إذا عرف مرأولته لعمل السحر لسمیه بالفساد فی الأرض لا بمجرد علمه إذا لم یکن فی اعتقاده ما یوجب كفره اه :

وحاصله أنه اختار أنه لا یكفر إلا إذا اعتقد مكفراً ، وبه جزم فی التهر ، وبینه الشارح ، وأنه یقتل مطلقاً إن عرف تعاطیه له ، ویؤیده ما فی الحاشیة : اتخذ لعبة لیفرق بین المرء وزوجه . قالوا : هو مرتد ویقتل إن كان یعتقد لما أثاراً ویعتقد التفریق من اللعبة لأنه كافر اه :

وفی نور العین عن المختارات : ساحر یسحر ویدمی الخلق من نفسه یكفر ویقتل لردته ؛ وساحر یسحر وهو جاحد لا یستتاب منه ویقتل إذا ثبت سحره دفعا للضرر عن الناس . وساحر یسحر تجرئة ولا یعتقد به لا یكفر : قال أبو حنیفة : الساحر إذا أفر یسحره أو ثبت بالبینة یقتل ولا یستتاب منه ، والمسلم والذی والمحر والعبد فیہ سواء . وقيل یقتل الساحر المسلم لا الكتابی ، والمراد من الساحر غیر المشعوذ ولا صاحب الطلم ولا الذی یعتقد

لسميها في الأرض بالفساد ذكره الزيلعي ، ثم قال (و) كذا الكافر بسبب (الزندقة)

الإسلام . والسحر في نفسه حق أمر كائن إلا أنه لا يصلح إلا للشر والضرر بالخلق ، والوسيلة إلى الشر شر فيصير ملغوماً .

والفرق بين الثلاثة : أن الأول مصرح بما هو كفر . والثاني لا يدرى كيف يقول كما وقع التعبير به في الخانية لأنه جاحد ، ويعلم منه أن الأول لا يستتاب : أي لا يجهل طلباً للتوبة لأنها لا تقبل منه في دفع القتل عنه بعد أخذه كما يأتي دفعا للضرر عن الناس كقطع الطريق والخناق وإن كانوا مسلمين . وبه علم أن الثالث وإن كان لا يكفر لكنه يقتل أيضا للاشتراك في الضرر ، وأن تقييد الشارح بكونه كافرا بسبب اعتقاد السحر غير قيد ، بل يغفل ولو كان كافرا أصليا أو لم يكفر باعتقاده ، نعم لما كان كلام المصنف في المسلم الذي ارتد قيد بذلك تأمل . وعلم ، وبما نقلناه عن الخانية أنه لا يكفر بمجرد عمل السحر ما لم يكن فيه اعتقاد أو عمل ما هو كفر . ولذا نقل في [تبين المحارم] عن الإمام أبي منصور أن القول بأنه كفر على الإطلاق خطأ ويجب البحث عن حقيقة ، فإن كان في ذلك رد مالمزم في شرط الإيمان فهو كفر وإلا فلا . والظاهر أن مانقوله في الفتح عن أصحابنا متى على أن يسحر لا يكون إلا إذا تضمن كفرا وبأن تحقيقه ، وقد مرنا في خطبة الكتاب تعداد أنواع السحر ونما بيان ذلك في [سبب المساء] سل الحسام الهندي لنصرة مولانا خالد النقشبندی [قوله لسميها الخ] أي لا بسبب اعتقادها التي هوردة لأن المرتدة لا تقتل عندنا ، ومقابل الأصح ما في المتنق أنها لا تقتل بل تحبس وتضرب كالمرتدة كما في أرباعي .

مطلب في الفرق بين الزنديق والمنافق والدهري والملحد

(قوله وكذا الكافر بسبب الزندقة) قال العلامة ابن كمال باشا في رسالته : الزنديق في لسان العرب يطلق على من ينفي الباري تعالى ، وعلى من يثبت الشرك ، وعلى من ينكر حكمته . والفرق بينه وبين المرتد العموم الوجهي لأنه قد لا يكون مرتدا ، كما لو كان زنديقا أصليا غير منتقل عن دين الإسلام ، والمرتد قد لا يكون زنديقا كما لو تنصر أو تهود ، وقد يكون مسلما فيزندق . وأما في اصطلاح الشرع ، فالفرق أظهر لا اعتبارهم فيه بإطان الكفر والاعتراف بنبوة نبينا صلى الله عليه وسلم على ما في شرح المقاصد ، لكن القيد الثاني في الزنديق الإسلامي بخلاف غيره . والفرق بين الزنديق والمنافق والدهري والملحد مع الاشتراك في إبطان الكفر أن المنافق غير معترف بنبوة نبينا صلى الله عليه وسلم ، والدهري كذلك مع إنكاره إسناد الحوادث إلى الصانع المختار سبحانه وتعالى : والملحد : وهو من مال عن الشرع القويم إلى جهة من جهات الكفر ، من الحاد في الدين : حاد وعدل لا يشترط فيه الاعتراف بنبوة نبينا صلى الله عليه وسلم ولا بوجود الصانع تعالى وبهذا فارق الدهري أيضا ، ولا إضمار الكفر وبه فارق المنافق ، ولا سبق الإسلام وبه فارق المرتد ، فالملحد أوسع فرق الكفر حدا : أي هو أهم من الكل اه ملخصا .

قلت : لكن الزنديق باعتبار أنه قد يكون مسلما وقد يكون كافرا من الأصل لا يشترط فيه الاعتراف بالنبوة وسيأتي من الفتح تفسيره على لائدين يدين :

ثم بين حكم الزنديق فقال : اعلم أنه لا يخلو ، إما أن يكون معروفا داعيا إلى الضلال أولا . والثاني ما ذكره صاحب الهداية في التجنيس من أنه على ثلاثة أوجه : إما أن يكون زنديقا من الأصل على الشرك ، أو يكون مسلما فيزندق ، أو يكون ذميا فيزندق ؛ فالأول يترك على شركه إن كان من العجم ، أي بخلاف مشرك العرب

لا توبة له ، وجعله في الفتح ظاهر المذهب ، لكن في حظر الخاتبة الفتوى على أنه (إذا أخذ) الساحر أو الزنديق المعروف الداعي (قبل توبته) ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل ، ولو أخذ بعدها قبلت : وأفاد في السراج أن الخناق لا توبة له . وفي الشمني : الكاهن قيل كالساحر . وفي حاشية البيضاوي لتلاخسرو :

فإنه لا يترك . والثاني يقتل إن لم يسلم لأنه مرتد . وفي الثالث (١) يترك على حاله لأن الكفر ملة واحدة اهـ والأول أي المعروف الداعي لا يخلو من أن يتوب بالاختيار ويرجع عما فيه قبل أن يؤخذ أولا ، والثاني يقتل دون الأول اهـ وتماه هناك (قوله لا توبة له) تصريح بوجه الشبه ، والمراد بعدم التوبة أنها لا تقبل منه في نفي القتل عنه كما مر في الساب ، ولذا نقل البيهقي عن الشمني بعد نقله اختلاف الرواية في القبول وعدمه أن الخلاف في حق الدنيا ، أما فيما بينه وبين الله تعالى فتقبل توبته بلا خلاف اهـ ونحوه في رسالة ابن كمال (قوله لكن في حظر الخاتبة المخ) استدراك على الفتح حيث لم يذكر هذا التفصيل . ونقل في التهر عن الدراية روايتين في القبول وعدمه ، ثم قال : وينبغي أن يكون هذا التفصيل محمل الروايتين اهـ (قوله المعروف) أي بالزندقة الداعي أي الذي يدعو الناس إلى زندقته اهـ ح .

فإن قلت : كيف يكون معروفا داعيا إلى الضلال ، وقد اعتبر في مفهومه الشرعي أن يبطن الكفر . قلت : لا بعده ، فإن الزنديق يحوه كفره وروج عقيدته الفاسدة ويخرجها في الصورة الصحيحة ، وهذا معنى إبطال الكفر . فلا ينافي إظهاره الدعوى إلى الضلال وكونه معروفا بالإضلال اهـ ابن كمال (قوله أن الخناق لا توبة له) أفاد بصيغة المبالغة أن من خنق مرة لا يقتل . قال المصنف قبيل الجهاد : ومن تكرر انخنق منه في المصر قتل به وإلا لا اهـ ط .

قلت : ذكر الخناق هنا استطرادى لأن الكلام في الكافر الذي لا تقبل توبته والخناق غير كافر ، وإنما لا تقبل توبته لسمعه في الأرض بالفساد ودفع ضرره عن العباد ، ومثله قطاع الطريق :

مطلب في الكاهن والعراف

(قوله الكاهن قيل كالساحر) في الحديث « من أتى كاهنا أو عرافا فصده بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد » أخرجه أصحاب السنن الأربعة ، وصححه الحاكم عن أبي هريرة . والكاهن كما في مختصر النهاية للسيوطي : من يتعاطى الخبز عن الكائنات في المستقبل ويدعي معرفة الأسرار : والعراف : المنجم . وقال الخطابي : هو الذي يتعاطى معرفة مكان المسروق والضالة ونحوهما اهـ .

والخاصل أن الكاهن من يدعي معرفة الغيب بأسباب وهي مختلفة فلذا انقسم إلى أنواع متعددة كالعراف . والرمال والمنجم : وهو الذي يخبر عن المستقبل بطاوع النجم وغروبه ، والذي يضرب بالحصي ، والذي يدعي أن له صاحبا من الجن يخبره عما سيكون ، والكل مذموم شرعا ، محكوم عليهم وعلى مصدهم بالكفر : وفي البزازية : يكفر بادعاء علم الغيب وباتيان الكاهن وتصديقه . وفي التتارخانية : يكفر بقوله أنا أعلم المسروقات أو أنا أخبر عن اختيار الجني إياي اهـ .

قلت : فعل هذا أرباب المتناويع من أنواع الكاهن لادعائهم العلم بالحوادث الكائنة : وأما ما وقع لبعض

(١) (قوله وفي الثالث) كذا بالأصل المذلل على حط المؤلف ، والمغالب حذف في « كالأول والثاني قبله اهـ مصححه

الداعی إلى الإلحاد والإباحی كالزندیق : وفي الفتح : والمناقض الذي يبطن الكفر ويظهر الإسلام كالزندیق الذي لا يتدين بدين ، وكذا من علم أنه ينكر في الباطن بعض الضروریات كحرمة الخمر ويظهر اعتقاد حرمة ،

الخواص كالأنبياء والأولیاء بالوحي أو الإلهام فهو بإعلام من الله تعالى فليس مما نحن فيه اه ملخصا من حاشية نوح من كتاب الصوم .

مطلب في دعوى علم الغيب

قلت : وحاصله أن دعوى علم الغيب معارضة لنص القرآن فيكفر بها ، إلا إذا أسند ذلك صريحا أو دلالة إلى سبب من الله تعالى كوحی أو إلهام ، وكذا لو أسنده إلى أمانة عادية يجعل الله تعالى ، قال صاحب الهداية ، كتابه مختارات النوازل : وأما علم النجوم فهو في نفسه حسن غير ملعوم ، إذ هو قسبان : حساني وإله حتى وقد نطق به الكتاب . قال تعالى - الشمس والقمر بحسبان - أي سبهما بحسبان . واستدلال سير النجوم وسورة الأفلak على الحوادث بقضاء الله تعالى وقدره ، وهو جائز كاستدلال الطبيب بالنفس على الصحة والمرض ولو لم يعتقد بقضاء الله تعالى أو ادعى علم الغيب بنفسه يكفر اه ونعم تحقيق هذا المقام يطالب من وراءه من حرمه الهندی (قوله الداعی إلى الإلحاد) قدمنا عن ابن كمال بيانه (قوله والإباحی) أي الذي يعتقد إباحة الخمرات وحرمة معتقد الزنادقة . في فتاوى قارى الهداية : الزندیق هو الذي يقول ببقاء الدهر ويعتقد أن الأبد والبعث مشتركاه . وفي رسالة ابن كمال عن الإمام الغزالي في كتاب (الفارقة بين الإسلام والزنادقة) ومن جنس ذلك ما يدعيه بعض من يدعي التصوف أنه بلغ حالة بينه وبين الله تعالى أسقطت عنه الصلاة وحل له شرب المسكر والمعاصي وأكل مال السلطان ، فهذا مما لا أشك في وجوب قتله إذ ضرره في الدين أعظم ؛ ويعتبر به باب من الإباحة لا يند ، وضرر هذا فوق ضرر من يقول بالإباحة مطلقا ، فإنه يمتنع عن الإصغاء إليه لظهور كفره . أما هذا فيرغم أنه لم يرتكب إلا تخصيص عموم التكليف بمن ليس له مثل درجته في الدين ويتداعى هذا إلى أن يدعى كل فاسق مثل حاله اه ملخصا .

مطلب في أهل الأهواء إذا ظهرت بدعتهم

وفي نور العين عن التهيد : أهل الأهواء إذا ظهرت بدعتهم بحيث توجب الكفر فإنه يباح قتلهم جميعا إذا لم يرجعوا ولم يتوبوا ، وإذا تابوا وأسلموا قبل توبتهم جميعا إلا الإباحية والغالية والشيعية من الروافض والقرامطة والزنادقة من الفلاسفة لا تقبل توبتهم بحال من الأحوال ، ويقتل بعد التوبة وقبلها ، لأنهم لم يعتقدوا بالصانع تعالى حتى يتوبوا ويرجعوا إليه . وقال بعضهم : إن تاب قبل الأخذ والإظهار تقبل توبته وإلا فلا ، وهو قياس قول أبي حنيفة ، وهو حسن جدا ، فأما في بدعة لا توجب الكفر فإنه يجب التعزير بأى وجه يمكن أن يمنع من ذلك ، فإن لم يمكن بلا حبس وضرب يجوز جهسه وضربه ، وكذا لو لم يمكن المنع بلا سيف إن كان رئيسهم ومقتداهم جاز قتله سياسة وامتناعا . والمبتدع لو له دلالة ودعوة للناس إلى بدعته ويؤثر منه أن ينشر البدعة وإن لم يحكم بكفره جاز للسلطان قتله سياسة وزجرا ، لأن فسادة أعلى وأعم حيث يؤثر في الدين . والبدعة لو كانت كفرا يباح قتل أصحابها عاما ، ولو لم تكن كفرا يقتل معلمهم ورئيسهم زجرا وامتناعا اه (قوله الذي لا يتدين بدين) يحتمل أن يكون

ونمامہ فیہ . وفيہ : یکفر اساحر بتعلمہ وفعلہ اعتقد تحریمہ أولا ویقتل انتہی ؛ لکن فی حظر الخانیة : لو استعملہ التجربة والامتحان ولا یعتقدہ لا یکفر

المراد بہ الذی لا یتقرر علی دین ، أو الذی یتكون اعتقاده خارجا عن جمیع الآداب . والثانی هو الظاہر من کلامہ الذی سنذكرہ عنہ ، وقدمنا عن رسالة ابن کمال تفسیرہ شرعا بمن یطعن الکفر وهذا أهم (قوله ونمامہ فیہ) اى فی الفتح حیث قال : ويجب أن یتكون حکم المافق فی عدم قبولنا توبتہ کالزندیق لأن ذلك فی الزندیق لعدم الاطمئنان إلی ما یظهر من التوبة إذا کان یخفی کفرہ الذی هو عدم اعتقاده دینا ، والمناقض مثله فی الإخفاء : وعلى هذا فطریق العلم بحالہ إما بأن یعثر بعض الناس علیہ أو یسرہ إلی من أمن إلیہ اه .

مطلب حکم الدروز والتیامنة والنصيرية والإسماعيلية

[ننبیہ] یعلم بما هنا حکم الدروز والتیامنة فمنہم فی البلاد الشامیة یظهرون الإسلام والصوم والصلاة مع أنهم یعتقدون تناسخ الأرواح وحل الخمر والزنا وأن الألوهیة تظهر فی شخص بعد شخص ویجحدون الحشر والصوم ، الصلاة والحج ، ویقولون المسمی بہ غیر المعنی المراد یتکلمون فی جناب نبینا صلی اللہ علیہ وسلم کلمات قطیعة : ولعلامة المحقق عید الرحمن العبادی فیہم فتوی مطولة ، وذكر فیہا أنهم ینتحلون عقائد النصیریة والإسماعیلیة الذین یلقبون بالقرامطة والباطنیة الذین ذکرہم صاحب المواقف . ونقل عن علماء المذاهب الأربعة أنه لا یجمل إقرارہم فی دیار الإسلام بجزیة ولا غیرہا ، ولا نحل مناکحتہم ولا ذبايحہم ، وفیہم فتوی فی الخیریة ایضا فراجعہا :

مطلب جملة من لا تقبل توبتہ

والحاصل أنهم یتصدق علیہم اسم الزندیق والمنافیق والملحد . ولا یجنى أن إقرارہم بالشہادین مع هذا الاعتقاد الخبیث لا یجعلہم فی حکم المرتد لعدم التصدیق ، ولا یصح إسلام أحدهم ظاہرا إلا بشرط التبری عن جمیع ما یخالف دین الإسلام لأنہم یدعون الإسلام ویقررون بالشہادین وبعد الظفر بہم لا تقبل توبتہم أصلا . وذكر فی التاریخانیة أنه سئل فقہاء سمرقند عن رجل یظهر الإسلام والإیمان ثم أقر بأنی كنت أعتقد مع ذلك مذهب القرامطة وأدعو إلیہ والآن نبت ورجعت وهو یظهر الآن ما کان یظہرہ قبل من الإسلام والأیمان . قال أبو عبد الکرم بن محمد : قبل القرامطة واستنصالحهم فرض : وأما هذا الرجل الواحد ، فبعضہ شایعنا قال ینتقل ویقتل : أی تطلب غفلتہ فی عرفان مذهبہ . وقال بعضهم یقتل بلا استغفال ، لأن من ظہر منہ ذلك ودعا الناس لا یتصدق فیہا یدعی بعد من التوبة ولو قبل منہ ذلك لهدموا الإسلام وأصلوا المسلمین من غیر أن یمکن قتلہم ، وأطال فی ذلك ، ونقل عدة فتاوی عن أئمتنا وغیرہم بنحو ذلك ، لکن تقدم اعتماد قبول التوبة قبل الأخذ لابعدہ (قوله لکن فی حظر الخانیة) اى فی کتاب الحظر والإباحة منها والاستدراك علی قول الفتح أولا : اى أو لم یعتقد تحریمہ ، وقدمنا أنه فی الفتح نقل ذلك عن أصحابنا وأنه اختار أنه لا یکفر مالم یعتقد ما یوجب الکفر لکنہ یقتل ، ولعل مانقلہ عن الأصحاب منی علی أن السحر لا یمز إلا بما هو کفر کما یفیدہ قوله تعالی - وما یعلمان من أحد حتی یقولوا إنما نحن فتنۃ فلا تکفرو - وعلى هذا فغیر المکفر لا یسمى سحرا ، ویؤید ما قدمنا عن المختارات من أن المراد بالساحر غیر المشعوذ ولا صاحب الطلمس ولا من یعتقد الإسلام : اى بأن لم یفعل أو یعتقد ما ینافی الإسلام ، ولذا قال هنا ولا یعتقدہ فقد علم أنه یسمى ساحرا مالم یعتقد أو یفعل ما هو کفر ، والله سبحانه أعلم .

وحینئذ فالمتننی أحد عشر .

(و) اعلم أن (کل مسلم ارتد فإنه یقتل إن لم یب لا) جماعة (المرأة والخنی ، ومن إسلامه تبعاً ، والصبی إذا أسلم ، والمکرة علی الإسلام ، ومن ثبت إسلامه بشهادة رجلین ثم رجعا) زاد فی الأشباه : ومن ثبت إسلامه بشهادة رجل وامرأتین انتهى .

ولو شهد نصرانیان علی نصرانی أنه أسلم وهو ینکر لم تقبل شهادتهما ، وقیل تقبل ؛ ولو علی نصرانیة قبلت اتفاقاً ، وتعامه فی آخر کراهیة الدرر ، وبلحق بالصبی من ولده المرتدة بیننا إذا بلغ مرتداً ،

مطلب جملة من لا یقتل إذا ارتد

(قوله فالمتننی أحد عشر) أى من قوله وکل مسلم ارتد فتوبته مقبولة إلا أحد عشر : من تکررت رده ، وساب النبي صلى الله علیه وسلم ، وساب أحد الشیخین ، والساحر ، والزندق والحقاق ، والكاهن ، والملاحد ، والإباحی والمناق ، ومنکر بعض الضروریات باطناً ا هـ .

قلت : لكن الساجر لا یلزم أن یكون مرتداً بأن یكون مسلماً أصلياً فعل ذلك فإنه یقتل وودعه كما .
واختناق غیر کافر وإنما یقتل لسعيه بالفساد كما قدمناه . وأما الزندق الداعی والملاحد وما بعد دیکى فیه إظهاره للإسلام وإن کان کافراً أصلياً فعل أن المراد بیان جملة من لا تقبل توبته سواء کان مسلماً ارتد أو لم یرتد أو کان کافراً أصلياً ، وعليه فكان المناسب ذکر قطاع الطريق ، وكذا أهل الأهواء کما مر عن اشمهید ، وكذا العزیز فی باب التعزیر ، وكذا کل من وجب علیه حد زنا أو سرقة أو قذف أو شرب . وأما ذکر ساب النبي صلى الله علیه وسلم أو أحد الشیخین فقد علمت مافیه (قوله المرأة) یستننی منها المرتدة بالسحر کما مر وهو الأصح كما فی البحر (قوله والخنی) أى المشکل فإنه إذا ارتد لم یقتل ویحبس ویجبر علی الإسلام بحر عن التائخضایة (قوله ومن إسلامه تبعاً) صوابه تبع ا هـ . قال فی البحر عن البدائع : صبی أبواه مسلمان حتى حکم بإسلامه تبعاً لأبويه فلیع کافراً ولم یسمع منه إقرار باللسان بعد البلوغ لا یقتل لانعدام الردة منه إذ هی اسم لتکذیب بعد سابقه التصدیق ولم یوجد منه التصدیق بعد البلوغ ، حتى لو أقر بالإسلام ثم ارتد یقتل ولكنه فی الأولى یحبس لأنه کان له حکم الإسلام قبل البلوغ تبعاً ، والحکم فی أكسابه كالحکم فی أكساب المرتد لأنه مرتد حکماً ا هـ (قوله والصبی إذا أسلم) أى استقلالاً بنفسه لاتبعاً لأبويه وإلا فهو المسألة المارة ، وأطلق عدم قتله فشملاً ما بعد البلوغ . وفى البحر : لو بلغ مرتداً لا یقتل استحساناً لقیام الشبهة باختلاف العلماء فی صحة إسلامه ، وسیأتی الکلام فی إسلامه وردته : وبقی مسألة أخرى ذکرها فی البحر والفتح عن المبسوط ، وهی ما وارتد الصبی فی صغره . فعمل أد الأولى فها إذا ارتد حال البلوغ : أى قبل أن یقر بالإسلام (قوله والمکرة علی الإسلام) لأن الحکم بإسلامه من حیث الظاهر لأن قیام السیف علی رأسه ظاهر فی عدم الاعتقاد فیصیر شبهة فی إسقاط القتل فتح ، وفیه بعد نقله هذه المسائل عن المبسوط . قال : وفى کل ذلك یجبر علی الإسلام ، ولو قتل قاتل قبل أن یسلم لا یأزمه شیء* (قوله ثم رجعا) لأن الرجوع شبهة الکذب فی الشهادة (قوله ومن ثبت إسلامه بشهادة رجل وامرأتین) هذا علی رواية النوادر كما ستر ا هـ (قوله وقیل تقبل) یومر أن المسألة الأولى اتفاقیه وليس كذلك یمکن إرجاعه للمسألین (قوله ولو علی نصرانیة قبلت اتفاقاً) لأن المرتدة لا تقتل بخلاف المرتد ولكنها تجبر علی الإسلام وهذا قول الامام . وفى النوادر : تقبل شهادة رجل وامرأتین علی الإسلام وشهادة نصرانیین علی نصرانی أنه أسلم وهذا هو الذى فی آخر کراهیة الدرر کافى ، واعتمد قاضیخان قول الإمام بعدم القتل بشهادة النساء وإن کان یجبر علی الإسلام لأن أى نفس كانت لا تقتل بشهادة النساء ط عن نوح أفندی (قوله من ولده المرتدة بیننا) لأنه یجبر علی الإسلام کأمه لكنه لا یقتل کمن کان إسلامه

والسكران إذا أسلم وكذا اللقيط لأن إسلامه حكى لاحقيقى ، وقيد في الخاتمة وغيرها المكره بالحربي . أما الذى المستأن فلا يصح إسلامه انتهى ، لكن حله المصنف في كتاب الإكراه على جواب القياس . وفي الاستحسان يصح فليحفظ ، وحينئذ فالمستثنى أربعة عشر :

(شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له) لا تكذب الشهود العدول بل (لأن إنكاره توبة ورجوع) يعنى فيمتنع القتل فقط : وثبت بقية أحكام المرتد كحبط عمل وبطلان وقف وبينونة زوجة لو فيما تقبل توبته وإلا قتل كالردة بسببه عليه الصلاة والسلام كما مر أشباه . زاد في البحر : وقد رأيت من يغلط في هذا المثل وأقره المصنف ، وحينئذ فالمستثنى أربعة عشر . وفي شرح الوهبانية للشرنبلالى : ما يكون كفرا انفاقا يبطل العمل

تبعا لأبويه ولم يصف الإسلام فبلغ كافرا كآمر ، وقوله بيننا أى المسلمين غير قيد لما سياتى من أن الزوجين لو ارتدوا معا فولدت ولدا يجبر بالضرب على الإسلام وإن حبست به ثمة (قوله والسكران إذا أسلم) يعنى فإن إسلامه يصح ، فإن ارتد لا يقتل كالصبي العاقل إذا ارتد بحر عن التارخانية .

قلت : أى إن ارتد بعد صحوه لا يقتل لأن في إسلامه شبهة (قوله لأن إسلامه حكى) أى بتبعية الدار كما سياتى في باب (قوله وفي الاستحسان يصح) وهو المعمول به رملى وهو الصواب ط عن بعض العلماء .

قلت : وجهه أن الحربي إنما يقاتل على الإسلام أصالة فلا يتأتى فيه قياس واستحسان ، بخلاف الذى فإنه بعد الترام الذمة لا يقاتل عليه ، فالقياس أن لا يصح إسلامه بالإكراه : كما لا تصح ردة المسلم به . وفي الاستحسان يصح ، لكن لو ارتد لا يقتل وتقدم وجهه (قوله فالمستثنى أربعة عشر) لأن المكره تحته ثلاثة : الحربي والذى والمستأن . وشهادة نصرانيين على نصراني أو نصرانية صورتان ، والباقي ظاهر (قوله لأن إنكاره توبة ورجوع) ظاهره ولو بدون إقرار بالشهادتين ، وهو ظاهر قول المتون أول الباب ، وإسلامه أن يتبرأ عن الأديان حيث لم يذكر الإقرار بالشهادتين . ويحتمل أن يكون المراد الإنكار مع الإقرار بهما ، وبليده ما في كافى الحاكم ، وقد رفعت المرتدة إلى الإمام فقالت ما ارتددت وأنا أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله كان هذا توبة . بها تأمل . ثم رأيت في البرى على الأشباه قال : كون مجرد الإنكار توبة غير مراد بل ذلك مقيد بثلاثة قيود . قال في الذخيرة عن بشر بن الوليد : إذا جحد المرتد الردة وأقر بالتوحيد وبمعرفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبدين الإسلام فهذا منه توبة اه (قوله كحبط عمل) بآتى الكلام عليه (قوله وبطلان وقف) أى الذى وقفه حال إسلامه سواء كان على قرينة ابتداء أو على ذريته ثم على المساكين لأنه قرينة ولا يبقاء لها مع وجود الردة ، وإذا عاد مسلما لا يعود وقفه إلا بتجديد منه ، وإذا مات أو قتل أو لحق كان الوقف جراثا بين ورثته بحر عن الخصاف (قوله وبينونة زوجة) وتكون فسخا عندهما . وقال محمد : فرقة بطلاق ولو هى المرتدة بفيزير طلاق إجماعا ، ثم إذا تاب وأسلم ترتفع تلك بينونة ببرى عن شرح الطحاوى ، وأقره السيد أبو السعود في حاشية الأشباه :

قلت : والظاهر أن قوله رفع أصله لا ترتفع فسقطت لفظة لا النافية من قلم الناسخ وإلا فهو مخالف لقروعهوم الكثيرة المقررة في باب نكاح الكافر وغيره المصرحة بلزوم تجديد النكاح ، ومنها ما يأتى قريبا ، وصرح في البحر عن العناية أن بينونة لا تنوقف على إسلامه كبطلان وقفه فإنه لا يعود صحيحا بإسلامه تأمل (قوله لو فيما تقبل توبته) شرط في قوله السابق فيمتنع القتل ط (قوله كما مر) قدمنا ما فيه (قوله وقد رأيت من يغلط في هذا المثل) أى حيث فهم أن الشهادة لا تقبل أصلا حتى في بقية الأحكام المذكورة (قوله فالمستثنى أربعة عشر)

والنکاح وأولاده أولاد زنا ، وما فيه خلاف يؤمر بالاستغفار والتوبة وتجديد النکاح (ولا بترك المرتد) على رده ب إعطاء الجزية ولا بأمان مؤقت ولا بأمان مؤبد ، ولا يجوز استرقاقه بعد اللحاق) بدار الحرب ، بخلاف المرتدة خانية (والكفر) كله (ملة واحدة) خلافا للشافعي .
(فلو تنصر يهودى أو عكسه ترك على حاله) ولم يجبر على العود (وبزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقفا ، فإن أسلم عاد ملكه ، وإن مات أوقتل على رده) أو حكم بلحاقه (ورث كسب إسلامه وارثه المسلم) ولو زوجته بشرط العدة زيلعى

صوابه خمسة عشر لأن هذا زائد على ما تقدم والوجه فيه أنه لم يقب حقيقة وإنما تاب حكما يجعل إنكاره توبة فهو داخل في المسلم الذى ارتد ولم يقب ط (قوله وأولاده أولاد زنا) كذا في فصول العمادى . لكن ذكر في [نور العين] ويجدد بينهما النکاح إن رضيت زوجته بالعود إليه وإلا فلا تجبر ، والمواود بينهما قبل تجديد النکاح بالوطء بعد الردة ثبتت نسبته منه لكن يكون زنا اه .

قلت : ولعل ثبوت النسب لشبهة الخلاف فلها عند الشافعي لاتبين منه تأمل (قوله والتوبة) أى تجديد الإسلام (قوله وتجديد النکاح) أى احتياطا كما في الفصول العمادية . وزاد فيها قسما ثالثا فقال : وما كان : هذا من الألفاظ ولا يوجب الكفر فقاتله بقر على حاله ، ولا يؤمر بتجديد النکاح ولكن يؤمر بالاستغفار والرجوع عن ذلك ، وقوله احتياطا أى يأمره المقتضى بالتجديد ليكون وطؤه حلالا باتفاق ، وظاهره أنه لا يجزم بخاصة بالفرقة بينهما ، وتقدم أن المراد بالاختلاف ولو رواية ضعيفة ولو في غير المذهب (قوله بخلاف المرتدة) أى فلها تسترق بعد اللحاق بدار الحرب وتجبر على الإسلام بالصرب والخبس ولا تقتل كما صرح به في البدائع ، ولا يكون استرقاقها مسقطا عنها الجبر على الإسلام ، كما لو ارتدت الأمة ابتداء فلها تجبر على الإسلام بحر (قوله وبزول ملك المرتد الخ) أى خلافا لهما . وفي البدائع : لا خلاف أنه إذا أسلم فأمواله باقية على ملكه ، وأنه إذا مات أو قتل أو لحق بزول عن ملكه ، وإنما الخلاف في زوالها بهذه الثلاثة مقصورا على الحال عندهما ومستندا إلى وقت وجود الردة عنده . وتظهر الثمرة في تصرفاته ، فعندها نافذة قبل الإسلام ، وعنده موقوفة لوقوف أملاكه اه قيد بالملك لأنه لا توقف في إحباط طاعته وفرقة زوجته وتجديد الإيمان فإن الارتداد فيها عمل عمله كذا في العناية ، وتقدم أن من عباداته التى بطلت وقفه وأنه لا يعود بإسلامه ، وكذا لا توقف في بطلان إيجاره واستئجاره ووصيته وإيصائه وتوكيله ووكالته ، وتماه في البحر :

قلت : ويستثنى من فرقة الزوجة ما لو ارتدا معا فإنه يبقى النکاح كما صرح به في العناية . وفي البحر : وأما أن الكلام في الحر ، ولذا قال في الخانية : وتصرف المكاتب في رده نافذ في قولهم . زاد في النهر عن السراج وكسبه حال الردة لمولاه (قوله فإن أسلم الخ) جملة مفسرة لما قبلها ط (قوله ورث كسب إسلامه وارثه المسلم) أشار إلى أن المعتبر وجود الوارث عند الموت أو القتل أو الحكم باللحاق ، وهو رواية محمد عن الإمام ، وهو الأصح ، وروى عنه اعتبار وقت الردة ، وروى اعتبارهما معا ، فعلى الأصح لو كان له ولد كافر أو جدي يوم الردة فعتق أو أسلم بعدها قبل أحد الثلاثة ورثه ، وكذا لو ولد من علوق حادث بعدها إذا كان مسلما تبعا لأمه بأن علق من أمة مسلمة وتماه في البحر ، لكن قوله أو الحكم باللحاق خلافا للأصح فإن الأصح وهو ظاهر الرواية اعتبار وجود الوارث عند اللحاق ، وروى عند الحكم به كما في شرح السير الكبير (قوله ولو زوجته) لأنه بالردة كأنه مرض مرض الموت لاختياره سبب المرض بإصراره على الكفر فقتل حتى قتل نهر (قوله بشرط العدة) قال في النهر : هذا يقتضى أن غير المدخول بها لا ترث لصبر وورثتها بالردة أجنبية ، وليست الردة موتا

(بعد قضاء دين اسلامه ، وكسب رده فيء بعد قضاء دين رده) وقالوا : ميراث ايضا ككسب المرتدة (وإن حكم) القاضي (بلحاظه عتق مدبره) من ثلث ماله (وألم ولده) من كل ماله (وحل دينه) وقسم ماله ويؤدى مكاتبه إلى الورثة ، والولاء للمرتد لأنه المعتق بدائع ، وينبغي أن لا يصح القضاء به إلا في ضمن دعوى حق العبد نهر

حقيقيا بدليل أن المدخولة إنما تعتد بعد موته بالخيف لا بالأشهر ، فلا تنتقض سببا للإرث ، والإرث وإن استند إلى الردة لكن ينقر عند الموت ، هذا حاصل ما في الفتح اه (قوله بعد قضاء دين اسلامه الخ) هذا أعنى قضاء دين اسلامه من كسب الإسلام ودين الردة مع كسبها رواه زفر عن الإمام . وروى أبو يوسف عنه أنه من كسب الردة إلا أن لا ينفى فيقضى الباقي من كسب الإسلام : وروى الحسن عنه أنه من كسب الإسلام إلا أن لا ينفى فيقضى الباقي من كسب الردة قال في البدائع والولوالجية وهو الصحيح ، لأن دين الميت إنما يقضى من ماله وهو كسب اسلامه ، فأما كسب الردة فلجماعة المسلمين فلا يقتضى منه الدين إلا لضرورة فإذا لم يف تحققت نهر ، فما في المتن تبعاً للكنز ضعيف كما في البحر .

قلت : لكن الحكم عليه بالضعف غير مسلم فإنه جرى عليه أصحاب المتن كالتنزيل والوقاية والمواهب والملحق وهي موضوعة لنقل المذهب كما صرحوا به .

[تنبيه في القهستاني : هذا إذا كان له كسبان وإلا قضى بما كان بلا خلاف ، وهذا أيضا إذا ثبت الدين بغير الإقرار والإلزام كسب الردة (قوله وكسب رده فيء) أى للمسلمين فبوضع في بيت المال قهستاني ، والمراد ما اكتسبه قبل اللحاق . أما ما اكتسبه في دار الحرب فهو لأبائه الذي ارتد ولحق معه إذا مات مرتداً لأنه اكتسبه وهو من أهل الحرب وهم يتوارثون فيما بينهم ، فلو لحق معه ابن مسلم ورث كسب اسلامه فقط ، وعلماه في شرح السير (قوله وقالوا ميراث ايضا) لأن زوال ملكه عندها مقصور على الحال كما مر (قوله ككسب المرتدة) فإنه لورثتها ، ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت وهي مريضة لقصدتها بإبطال حقه ، وإن كانت صحيحة لا يرثها لأنها لا تقتل فلم يتعاق حقه بما لها بالردة ، بخلاف المرتد .

والحاصل أن زوجة المرتد ترث منه مطلقاً وزوج المرتدة لا يرثها إلا إذا ارتدت وهي مريضة بحر ، وسيأتي أيضا (قوله وإن حكم بلحاظه) كان الأولى للمصنف أن يذكر الحكم باللحاق أولاً كما عبر الشارح ويقول وعق مدبره الخ عطفاً على ورث لثلا يوم اختصاص العتق بالحكم باللحاق وإن كان يفهم منه أن الموت والقتل مثله فإنه تطويل بلا فائدة كما أفاده ح (قوله من ثلث ماله) الظاهر أن المراد به كسب الإسلام وبه جزم ط بناء على ما مر من الصحيح (قوله وحل دينه) لأنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام فصار كالموت إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بالقضاء لاحتمال العود . وإذا تكرر موته ثبتت الأحكام المتعلقة به كما ذكر نهر (قوله ويؤدى مكاتبه) أى يؤدى بدل كتابته (قوله والولاء للمرتد) أى لورثته ابتداء فيرثه العصبية بنفسه ، بخلاف ما إذا كان للورثة فإنه يدخل فيه الإناث ط (قوله وينبغي الخ) اعلم أن بعضهم لا يشترط القضاء باللحاق بل يكفي بالقضاء بحكم من أحكامه ، وعامتهم على أنه يشترط القضاء به سابقاً على القضاء بالأحكام أفاده في المعنى ونحوه في الفتح . وظاهره أن القضاء باللحاق قصداً صحيح ، وينبغي أن لا يصح إلا في ضمن دعوى حق للعبد لأن اللحاق كالموت ، ويوم الموت لا يدخل تحت القضاء فينبغي أن لا يدخل اللحاق تحت القضاء قصداً بحر : قال في النهر : وأقول ليس معنى الحكم بلحاظه سابقاً على هذه الأمور أن يقول ابتداء حكمت بلحاظه ، بل إذا ادعى مدبر مثلاً على وارثه أنه لحق بدار الحرب مرتداً وأنه عتق بسببه وثبت ذلك عند القاضي حكم أولاً بلحاظه ثم يعتق ذلك المدبر كما يعرف ذلك من كلامهم اه ونحوه في شرح المقدسي :

(و) اعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أقسام (فإنفذ منه) اتفاقا ما لا يعتمد تمام ولاية، وهي خمس: (الاستيلاء والطلاق وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده) المأذون (ويبطل منه) اتفاقا ما يعتمد الملة وهي خمس (النكاح، والذبيحة، والعصيدة، والشهادة، والإرث. ويتوقف منه) اتفاقا ما يعتمد المساواة، وهو (المفاوضة) أو ولاية متعدي

والحاصل أن ما في المجتبى من الخلاف معناه أنه لو حكم القاضي بعق المذنب يكنى عند البعض لثبوت الحق ضمنا، وأما عند العامة فلا بد من حكمه أولا بالحق لأنه السبب، وفي كونه في حكم الموت خلاف الشافعي فلهذه الخلاف لا بد من الحكم به أولا ثم بانعقد؛ وليس المراد أنه يحكم بالحق قبل دعوى المذنب مثلا حتى يرد ما قاله في البحر، فقول الشارح لا في ضمن دعوى حق العبد معناه أن يسبق دعوى حق العبد، فيحكم به أولا ثم بما ادعاه العبد لأنه الذي في النهر، وليس المراد أنه يكنى عن الحكم به بالحكم بما ادعاه ليثبت الحكم بالحق في ضمن الحكم الأول فافهم (قوله واعلم الخ) بيان لصرفه حال رده بعد بيان حكم أملاكه قبل رده بحر (قوله على أربعة أقسام) نافذ اتفاقا، باطل اتفاقا، موقوف اتفاقا، موقوف عنده نافذ عندهما (قوله ما لا يعتمد تمام ولاية) قال الزاوي لأنها لا تستدعي الولاية ولا تعتمد حقيقة الملك حتى صححت هذه انصرافات من العبد مع قصور ولايته اه ط (قوله الاستيلاء) صورته إذا جاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه، ويرث ذاك الولد مع ورثته وتصير الجارية أم ولد له بحر ط (قوله والطلاق) أي مادامت في العدة لأن الحرمة بالردة غير مقابلة لارتضاعها بالإسلام فيقع طلاقه عليها في العدة، بخلاف حرمة المحرمة فلها لا عية لها فلا يفيد سقوط الطلاق فائدة فنع من باب نكاح الكافر، وقد سنا هناك عن الخانية أن طلاقه إلى يقع قبل لحوقه، فلو لحق به الحرب فطلق أسرته لا يقع إلا إذا عاد مسلما وهي في العدة فطلقها.

وأورد أنه كيف يتصور طلاقه وقد بانث رده. وأجيب بأنه لا يلزم من وقوع البيونة امتناع الطلاق، وقد سلف أن المبانة يلحقها الصريح في العدة بحر أي ولو كان الواقع بذلك الصريح باثما كالطلاق الثلاث أو على مال وكذا لو قال أنت طالق بائن، وأما قولهم إن البائن لا يلحق البائن فذاك إذا أمكن جعله إضرارا عن الأول؛ حتى لو قال أبنتك بأخرى يقع كما تقدم في الكليات فافهم (قوله وتسليم الشفعة والحجر) قال في البحر: ولا يمكن توقف التسليم لأن الشفعة بطلت به مطلقا. وأما الحجر فيصح بحق الملك فبحقيقة الملك الموقوف أولى اه.

قلت؛ ومفهومه أنه قبل إسلامه الأخذ بالشفعة. والذي في شرح السير أن ذلك قول محمد. وفي قول أبي حنيفة لاشفعة له حتى يسلم، فلو لم يسلم ولم يطلب بطلت شفعته لتركه الطاب بعد التمكن بأن يسلم (قوله ما يعتمد الملة) أي ما يكون الاعتقاد في صحته على كون فاعله معتقدا ملة من الملل ط أي والمرتد لا ملة له أصلا لأنه لا يفر على ما انتقل إليه، وليس المراد ملة متساوية لتلا يرد النكاح فإن نكاح المخوسى والوفى صحيح ولا ملة لها متساوية بل المراد الأهم (قوله النكاح) أي ولو لمرتدة مثله (قوله والذبيحة) الأولى والذبيح لأنه من التصرفات (قوله والعصيدة) أي بالكلب والبازي ومثله الرى بحر (قوله والشهادة) أي أداؤها لانعزلها ط. وذكر في الأشباه عن شهادات الرولو الجلية أنه يبطل ما رواه لغيره من الحديث فلا يجوز للسامع منه أن يرويه عنه بعد رده اه ولكن كلامنا فيها فعله في رده وهذا قبلها (قوله الإرث) فلا يرث أحدا ولا يرثه أحد مما اكتسبه في رده، بخلاف كسب إسلامه فإنه يرثه ورثته كما مر لاستناده إلى ما قبلها فهو يرث مسلم من مثله والكلام في إرث المرتد فافهم (قوله ما يعتمد المساواة) أي بين المتعاقدين في الدين (قوله وهو المفاوضة) فإذا فاض مسلما توقفت اتفاقا، فإن أسلم نفذت، وإن هلك بطلت، وتصير حنانا من الأصل عندهما، وتبطل عنده بحر عن الخانية (قوله أو ولاية متعدي) أي إلى غيره

(و) هو (التصرف على ولده الصغير - و) يتوقف منه عند الإمام وينفذ عندهما كل ما كان مبادلة مال بمال أو عقد تبرع كالمبايعة) والصرف والسلم (والتقوى والتدبير والكتابة والهبة) والرهن (والإجارة) والصلح عن إقرار ، وقبض الدين لأنه مبادلة حكيم (والوصية) وبقي أماته وعقله ولا شك في بطلانها . وأما إيداعه واستيداعه والتقاطه ولقطته فينبغي عدم جوازها نهر (إن أسلم نفذ ، وإن هلك) بموت أو قتل (أو لحق بدار الحرب وحكم) بلحاقه (بطل) ذلك كله (فإن جاء مسلما قبله) قبل الحكم (فكانه لم يرتد) وكما لو عاد بعد الموت الحقيقي زبلي (وإن) جاء مسلما (بعده وماله مع وارثه أخذه) بقضاء أو رضا ،

(قوله ويتوقف منه عند الإمام) بناء على زوال الملك كما سلف نهر (قوله وينفذ عندهما) إلا أنه عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح لأن الظاهر عوده إلى الإسلام . وعند محمد كما تصح من المريض لأنها تقضي إلى القتل ظاهرا ط عن أبي نجر (قوله والصرف والسلم) من عطف انخاص لأتينا من عقود المبايعة ط (قوله والهبة) هي من قبيل المبادلة إن كانت بعوض كما في النهر ، ومن قبيل التبرع إن لم تكن ج (قوله والرهن) لأنه مضمون عند الهلاك بالدين فهو معاوضة . ألا (قوله والصلح عن إقرار) أي فيكون مبادلة . وأما إذا كان عن إنكار أو سكوت فلمذكور في كتاب الصلح أنه معاوضة في حق المدعى ، وفداء يمين وقطع زراع في حق الآخر : ومقتضاه أنه إن كان المرتد مدعيا فهو داخل في عقود المبادلة ، وإن كان المدعى عليه يدخل في عقد التبرع أفاده ط ، لكن في كونه تبرعا نظر لأنه لم يدفع المال مجانا بل مفاداة ليمينه ، فهو خارج عن مبادلة المال بالمال وعن عقد التبرع تأمل (قوله لأنه مبادلة حكيم) وجهه ما قالوا إن الدين يقضى بمثل وقع المقاصة ، فقباض الدين أخذ بدل ما تحقق في ذمة المدين ط (قوله والوصية) أي التي في حال ردته ، أما التي في حال إسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره أنها تبطل قرينة كانت أو غير قرينة من غير ذكر خلاف . وتماه في الشرنبلالية عن الفتح (قوله وبقي الخ) لما فرغ من ذكر المنقول في الأقسام الأربعة ذكر أشياء لم يصرحوا بها فافهم (قوله ولا شك في بطلانها) أما الأمان فلأنه لا يصح من الذي فن المرتد أولى . وأما العقل فلأن المرتد لا يتصرف ولا يتصرف والعقل بالنصرة ح (قوله فينبغي عدم جوارها) عبارة النهر : فلا ينبغي التردد في جوازها منه اه فلفظة عدم من سبق القلم (قوله بطل ذلك كله) الإشارة ترجع إلى المتوقف اتفاقا والمتوقف عند الإمام ط (قوله فكانه لم يرتد) فلا يعتق مدبره وأم ولده ، ولا نحل ديونه ، وله إبطال ما تصرف فيه الوارث لكونه فضوليا بحر ، وما مع وارثه يعود للملكه بلا قضاء ولا رضا من الوارث دو متفق .

قلت : وكذا يبطل ما تصرف فيه بنفسه بعد إلحاق قبل الحكم به ، كما لو أعتق عبده الذي في دار الإسلام أو باعه من مسلم في دار الحرب ثم رجع تاليا قبل الحكم بلحاقه فإنه مردود عليه وجميع ما صنع فيه باطل ، لأنه بالحق زال ملكه ، وإنما توقف على القضاء دخوله في ملك وارثه ، فتصرفه بعد إلحاق صادف مالا غير مملوك له فلا ينفذ ، وإن عاد إلى ملكه بعد كاليابغ بشرط خيار المشتري إذا تصرف في المبيع لا ينفذ وإن عاد إلى ملكه بفسخ المشتري ، نعم لو أقر بحرية العبد أو بأنه لفلان صح لأنه ليس بإنشاء التصرف بل هو إقرار لازم ، كما لو أقر بعبد الغير ثم ملكه اه ملخصا من شرح السير الكبير (قوله وكما لو عاد بعد الموت الحقيقي) أي لو أوجبا الله تعالى ميتا حقيقة وأعادته إلى دار الدنيا كان له أخذ ماله يد ورثته بحر إلا أنه ذكره بعد هود من حكم بلحاقه وكذا ذكره الزبلي فكان على الشارح ذكره بعد قوله وإن جاء بعده كما أفاده ح (قوله بقضاء أو رضا) لأن بقضاء القاضي بلحاقه صار المال ملكا لورثته فلا يعود إلا بالقضاء ، ألا ترى أن الوارث لو أعتق العبد بعد رجوع المرتد قبل

ولو في بيت المال لا ، لأنه في 'نهر (وإن هلك) ماله (أو أزاله) الوارث (عن ملكه لا) يأخذه ولو قائماً لصحة القضاء ، وله ولاء مدبره وأم ولده ومكانته له إن لم يؤد ، وإن عجز عاد رقيقاً له بدائع (وبقضى مارك من عبادة في الإسلام) لأن ترك الصلاة والصيام والمعصية تبقى بعد الردة (وما أدى منها فيه يبطل . ولا يقضى)

القضاء برد المال عليه نفذ عققه ولم يضمن للمرتد شيئاً ، كما لو أعتقه قبل رجوع المرتد ، وهذا يستدل على أنه لا ينفذ عتق المرتد لأن العتق يستدعي حقيقة المالك شرح السير : ونقله في البحر عن التارخانية ، وبه جزم الزبلي (قوله ولو في بيت المال لا) قال في النهر : وفي قوله وإرثه إيماء إلى أنه لاحق له فيما وجده من كسب رده ، لأن أخذه ليس بطريق الخلافة عنه بل لأنه فيء ، ألا ترى أن الحرب لا يسترد ماله بعد إسلامه . وهذا وإن لم ره مسطوراً إلا أن القواعد تؤيدها وأصل البحث لصاحب البحر . وظاهره أن ما وضع في بيت المال لعدم الوارث له أخذه ، ففي كلام الشارح إيهام كما أفاده السيد أبو السعود (قوله أو أزاله الوارث عن ملكه) سواء كان يبيع قبل الفسخ كبيع أو هبة ، أو لا يقبله كعتق أو تدبير واستبدال فإنه يعضى ولا يعود له فيه ولا يضمنه أه فتح (قوله وله ولاء مدبره وأم ولده) أفاد أنهم لا يعودون في الرق لأن القضاء يعتقهم قد صح واعتق بعد فساد لا يقبل استيفاء فتح (قوله ومكانته له) مبتدأ وخبر (قوله إن لم يؤد) أى إلى الورثة بدل الكتابة فبأخذها من المكتتب . وأما أب آده إليهم فلا سبيل له عليه لأنه عتق بأداء المال والعتق لا يحتمل الفسخ ، وبأخذ منهم المال لو قائماً وإلا لصاحب عليهم كسائر أهواله بحر .

مطلب المعصية تبقى بعد الردة

(قوله والمعصية تبقى بعد الردة) نقل ذلك مع التعليل قبله في الخالية عن شمس الأئمة الخلواني . قال القهستاني : وذكر الترناشي أنه يسقط عند العامة ما وقع حال الردة وقبلها من المعاصي ، ولا يسقط عند كثير من المحققين أه ونحوه فيه :

قلت : والمراد أنه يسقط عند العامة بالتوبة والعود إلى الإسلام للحديث «الإسلام يجب ما قبله» وأما في حال الردة فيبقى ما قبله فيها أو قبلها إذا مات على رده لأنه بالردة ازداد فوقه ما هو أعظم منه فكيف تصلح ماحبة له بل الظاهر عود معاصيه التي تاب منها أيضاً لأن التوبة طاعة وقد حبطت طاعته ، ويدل له ما في التارخانية عن السراجية : من ارتد ثم أسلم ثم كفر ومات فإنه يؤخذ بعقوبة الكفر الأول والثاني وهو قول الفقيه أبي الليث أه ثم لا يخفى أن هذا الحديث يؤيد قول العامة : ولا يتأفیه وجوب قضاء ماركه من صلاة أو صيام وطاعته بمقوق العباد لأن قضاء ذلك كله ثابت في ذمته ، وليس هو نفس المعصية وإنما المعصية إخراج العبادة عن وقتها وجنابته على العبد فإذا سقطت هذه المعصية لا يلزم سقوط الحق الثابت في ذمته ، كما أجاب بعض المحققين بذلك عن القول بشكثير الحجج المبرور الكبار ، والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله وما أدى منها فيه يبطل) في التارخانية مهزيا إلى التبعة قيل له لو تاب تعود حسناته ؟ قال : هذه المسألة مختلفة فعند أبي علي وأبي هاشم وأصحابنا أنه يعود . وعند أبي القاسم الكشي لا ، ونحن نقول إنه لا يعود ما يبطل من ثوابه لكنه تعود طاعته المتقدمة مؤثرة في الثواب بعد أه بحر .

مطلب لو تاب المرتد هل تعود حسناته

وفي شرح المقاصد للمحقق التفتازاني في بحث التوبة : ثم اختلفت المعتزلة في أنه إذا سقط استحقاق عقاب المعصية بالتوبة هل يعود استحقاق ثواب الطاعة الذي أبطلته تلك المعصية ؟ فقال أبو علي وأبو هاشم . لا لأن الطاعة

من العبادات (إلا الحج) لأنه بالردة صار كالكافر الأصلي ، فإذا أسلم وهو غني فعليه الحج فقط .
(مسلم أصاب مالا أو شيئا يجب به القصاص أو حد السرقة) يعني المال المسروق لا الحد خانية ، وأصله أنه يؤخذ بحق العبد ، وأما غيره ففيه التفصيل (أو الدية ثم ارتد أو أصابه وهو مرتد في دار الإسلام ثم لحق) وحاربنا زمانا (ثم جاء مسلما يؤخذ به كله ، ولو أصابه بعد ما لحق مرتدا فأسلم لا) يؤخذ بشيء من ذلك ، لأن الحربي لا يؤخذ بعد الإسلام بما كان أصابه حال كونه محاربا لنا :
(أخبرت بارتداد زوجها فلها التزوج بآخر بعد العدة) استحصانا (كما في الإخبار) من نقمة

تندم في الحال ولما بقي استحقاق الثواب وقد سقط والساقط لا يعود . وقال الكعبي : نعم ، لأن الكبيرة لا تزال الطاعة وإنما تمنع حكمها وهو المدح والتعظيم فلا تزال ثمرتها فإذا صارت بالتوبة كأن لم تكن ظهرت ثمرة الطاعة كسور الشمس إذا زال النجم . وقال بعضهم : وهو اختيار المتأخرين لا يعود ثوابه السابق لكن تعود طاعته السالفة مؤثرة في استحقاق ثمراته وهو المدح ، والثواب في المستقبل بمنزلة شجرة احترقت بالنار أغصانها وثمارها ثم انطفأت النار فإنه يعود أصل الشجرة وعروقها إلى خضرتها وثمرتها اه وهذا يفيد أن الخلاف بين أبي علي وأبي هاشم وبين الكعبي على عكس ما مر وأن الخلاف في إحباط الكيثر للطاعات لأن هؤلاء الجماعة من المعتزلة . وعندهم أن الكبيرة تخرج صاحبها من الإيمان لكنها لا تدخله في الكفر وإن كان يخلد في النار ، ويلزم من إخراجهم من الإيمان حبط طاعاته ، فالكبيرة عندهم من هذه الجهة بمنزلة الردة عندنا فيصحب نقل الخلاف المذكور إلى الردة تأمل (قوله إلا الحج) لأن سببه البيت المحرم وهو باق ، بخلاف غيره من العبادات التي أداها فخرج سببها : ولهذا قالوا : إذا صلى الظهر مثلا ثم ارتد ثم تاب في الوقت بعيد الظهر لبقاء السبب وهو الوقت ، ولذا اعترض اقتصاره على ذكر الحج وتسميته قضاء ، بل هو إعادة لعدم خروج السبب (قوله لأنه بالردة الخ) علة لقوله ولا يقضى ولقوله إلا الحج ط (قوله أصاب مالا) أي أخذ ، وقوله أو شيئا أي فعل شيئا الخ ط (قوله يعني المال المسروق لا الحد) الأولى ذكره عند قول المصنف يؤخذ به ، وليس ذلك في عبارة الخانية ولا هو على إيهام لأن قوله لو أوجده مرفوع عطفا على فاعل يجب لا منصوب عطفا على مفعول أصاب حتى يحتاج للتأويل (قوله وأصله) أي القاعدة فبدأ ذكر ط (قوله أنه يؤخذ بحق العبد) أي لا يسقط عنه بالردة إلا إذا كان ممن لا يقتل بها كالمراة ونحوها إذا لحقت بدار الحرب فسببت فصارت أمة يسقط عنها جميع حقوق العباد إلا القصاص في النفس فإنه لا يسقط يرى من شرح الطحاوي (قوله ففيه التفصيل) وهو أنه يقضى ما ترك من عبادة في الإسلام كما مر .

وأما الحدود . ففي شرح السير : أو أصاب المسلم مالا أو ما يجب به القصاص أو حد القذف ثم ارتد أو أصابه وهو مرتد ثم لحق ثم تاب فهو مأخوذ به لا لو أصابه بعد اللحاق ثم أسلم . وما أصابه المسلم من حدود الله تعالى في زنا أو سرقة أو قطع طريق ثم ارتد أو أصابه بعد الردة ثم لحق ثم أسلم فهو موضوع عنه إلا أنه يضمن المال المسروق ، والدم في قطع الطريق بالقصاص أو الدية لو خطأ على العاقلة لو قبل الردة ، وفي ماله لو بعده . وما أصابه من حد الشرب ثم ارتد ثم أسلم قبل اللحاق لا يؤخذ به ، وكذا لو أصابه وهو مرتد محبوس في يد الإمام ثم أسلم ، لأن الحدود زواج عن أسبابها فلا بد من اعتقاد المرتكب حرمة السبب ، ويؤخذ بما سواه من حدوده تعالى لاعتقاده حرمة السبب وتمسك الإمام مع إقامته لكونه في يده ، فإن لم يكن في يده حين أصابه ثم أسلم قبل اللحاق لا يؤخذ به أيضا اه ملخصا (قوله أو الدية) أي على عاقلة إن أصاب ذلك قبل الردة ، وفي ماله إن أصابه بعدها كما مر (قوله وحاربنا زمانا) تأكيد لقوله ثم لحق وكذا بدون ذلك بالأولى (قوله أخبرت بارتداد زوجها) أي من

(مجوتہ أو تطليقه) ثلاثا ، وكذا لو لم يكن ثقة فأتاها بكتاب طلاقها وأكبر رأيا أنه حق لأبأس بأن تعتد وتزوج مبسوط .

(والمرددة) ولو صغيرة أو غثى بحر (نجس) أبدا ، ولا تجالس ولا تواكل حقائق (حتى تعلم ولا تنقل) خلافا للشافعى (وإن قتلها أحد لايضمن) شيئا ولو أمة في الأصح ، ونجس عند مولها لخدمته سوى لو طء سواء طلب ذلك أم لا في الأصح ويتولى ضربها جمعا بين الحقيين .
وليس للمرددة التزوج بغير زوجها به يفتى . وعن الإمام تسترق ولو في دار الإسلام . ولو أفتى به حديا لقصدتها السي لأبأس به ، وتكون قنة للزوج بالاستيلاء بجنى وفي الفتح أنها في المسلمین . فيشترها من الإمام أو يهبها له لو مصرفا

رجلين أو رجل وامرأتين على رواية السير . وعلى رواية كتاب الاستحسان : يكتفى بخبر الواحد بعدل لأن حل الزوج وحرمة أمر ديني ، كما لو أخبر مجوتہ . والفرق على الرواية الأولى أن ردة الرجل يتمتع بها مستحق من كفا في شرح السير الكبير للسرخسي . ونقل المصنف عنه أن الأصح رواية الاستحسان . ومثله في شرحه . معللا بأن المقصود الإخبار بوقوع الفرقة لإثبات الردة (قوله أو تطليقه ثلاثا) ينبغي أن يكون ثلاثا ، ومنع أنها في الرجعي لا يجوز لها التزوج ولعله لاحتال المراجعة وليحرم ط (قوله فأتاها بكتاب) صاهره أو غير شقة لو لم يأتها بكتاب لا يحل لها وإن كان أكبر رأيا صدقه تأمل (قوله لأبأس بأن تعتد) أي من حين طلاق أو موت لامن حين الإخبار فيها يظهر تأمل . ثم لا يخفى أنه إذا ظهرت حياته أو أنكر الطلاق أو الردة ولم تقم عليه سنة شرعية ينسخ النكاح الثاني وتعود إليه (قوله نجس) لم يذكر ضربها في ظاهر الرواية . وعن الإمام أنها نصرت في كل يوم ثلاثة أسواط . وعن الحسن تسعة وثلاثين إلى أن تموت أو تسلم ، وهذا قتل معنى لأن مولاه الضرب . تفضي إليه كذا في الفتح . واختار بعضهم أنها تضرب خمسة وسبعين سوطا ، وهذا ميل إلى قول الثاني في نية التعزير . وقال في الحاوي القدسي : وهو المأخوذ به في كل تعزير بالضرب نهر وجزم الربلي بأها تضرب في كل ثلاثة أيام . وظاهر الفتح تضعيف مامر ، والظاهر اختصاص الضرب والحبس بغير الصغيرة تأمل . وسندكر ما يؤيده (قوله ولا تقتل) يستثنى الساحرة كما تقدم ، وكذا ما أعلنت بشتم النبي صلى الله عليه وسلم كما مر في الجزية (قوله خلافا للشافعى) أي وباقي الأئمة ، والأدلة المذكورة في الفتح (قوله لايضمن شيئا) لكنه يؤدب على ذلك لارتكابه مالا يحل بحر (قوله وليس للمرددة التزوج بغير زوجها) في كافي الحاكم : وإن لحقت بدار الحرب كان لزوجها أن يتزوج أختها قبل أن تفضي عنها ، فإن سببت أو عادت مسلمة لم يضر ذلك نكاح الأخت وكانت فينا لأن سببت ونجس على الإسلام ، وإن عادت مسلمة كان لها أن تروج من ساعتها وظاهره أنها التزوج بمن شاءت ، لكن قال في الفتح : وقد أفتى الدبوسي والصغار وبعض أهل سرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليها ، وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج وبضرب خمسة وسبعين سوطا ، واختار قاضيه خان للفتوى اه (قوله وعن الإمام) أي في رواية النوادر كذا في الفتح (قوله ولو أفتى به الخ) في الفتح : قيل ولو أفتى بهذه لأبأس به فيمن كانت ذات زوج حيا لقصدتها السي بالردة من إثبات الفرقة (قوله وتكون قنة للزوج بالاستيلاء) قال في الفتح : قبل وفي البلاد التي استولى عليها النتر وأجروا أحكامهم فيها ونفوا المسلمين كما وقع في غوارزم وغيرها إذا استولى عليها الزوج بعد الردة . لم يكن لها أنها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة إلى أن يشترها من الإمام اه (قوله وفي الفتح الخ) هذا ذكره في الفتح قبل الذي نقلناه عنه آنفا .

(وصح تصرفها) لأنها لا تقتل (وأكسأها) مطلقا (لورثتها) ويرثها زوجها المسلم لو مريضة وماتت في العدة كما مر في طلاق المريض .

قلت : وفي الزواهر أنه لا يرثها لو مصحبة لأنها لا تقتل فلم تكن قارة فتأمل .

(ولدت أمته ولدا فادعاه فهو ابنه حوا يرثه في) أمته (المسلمة مطلقا) ولدته لأقل من نصف حول أو أكثر لإسلامه تبعاً لأمه . والمسلم يرث المرتد (إن مات المرتد) أو لحق بدارهم ، وكذا في (أمته النصرانية) أي الكتابية (إلا إذا جاءت به لأكثر من نصف حول منذ ارتد) وكذا لصنعه لعلوقه من ماء المرتد في تبعه لقربه للإسلام بالجبر عليه ، والمرتد لا يرث المرتد (وإن لحق بماله) أي مع ماله (وظهر عليه فهو) أي ماله (فيه) لانفسه ، لأن المرتد لا يسترى (فإن رجع) أي بعد ما لحق بلا مال سواء قضى بملحاقه أولا في ظاهر الرواية وهو الوجه فتع (فلحق) ثانياً (بماله وظهر عليه فهو لوارثه) لأنه بالملحق اشتد لوارثه فكان مالها قديماً ،

وحاصله أنه إذا ارتدت في دار الإسلام صارت فينا للمسلمين فتسرق على روباة النوادر بأن يشترطها من الإمام أو يها لته . أما لو ارتدت فيها استولى عليه الكفار وصار دار حرب فله أن يستولى عليها بنفسه بلا شراء ولا هبة كمن دخل دار الحرب متخصصاً وسبي منهم . وهذا ليس مبني على رواية النوادر لأن الاسترقاق وقع في دار الحرب لا في دار الإسلام (قوله وصح تصرفها) أي لا يتوقف تصرفاتها من مبايعه ونحوها بخلاف المرتد ، نعم يبطل منها ما يبطل من تصرفاته المارة (قوله لأنها لا تقتل) فلم تكن ردتها سبباً لروال ملكها فجاز تصرفها في مالها بالإجماع بحر عن البدائع : قال المقدسي : فلو كانت ممن يجب قتلها كالساحرة والزانية فيبغى أن تلحق بالمرتد (قوله وأكسأها مصحبة لورثتها) أي سواء كانت كسب إسلام أو كسب زده قال في التهر تعال للبحر : وينبغي أن يلحقها من لا يقتل إذا رتد لشبهة في إسلامه كما مر (قوله لو مريضة) لأنها تكون قارة كما قدمناه (قوله لو مصحبة) أي لو ارتدت حال كونها مصحبة (قوله فلم تكن قارة) لأنها إذا كانت لا تقتل لم تكن ردتها في حكم مرض الموت فلم تكن قارة ولا يرثها لأنها بانت منه وقد ماتت كافرة ، بخلاف زده لأنها في حكم مرض الموت مطلقاً فتورثه مطلقاً (قوله فتأمل) ما ذكره في الزواهر منهوم مما قبله . وقدسنا التصريح به عن البحر ، وتقدم معنا في باب طلاق المريض أيضاً فلم يظهر وجه الأمر بالتأمل . نعم يوجد في بعض النسخ قبل قوله قلت مانعاً : ويرثها زوجها المسلم استحساناً إن ماتت في العدة وترث المردة زوجها المرتد اتفاقاً خاتية :

قلت : وفي الزواهر الخ . وعليه فالأمر بالتأمل وارد على إطلاق قول الحامية ويرثها زوجها المسلم . وانقسم سبحانه أعلم (قوله ولدته لأقل من نصف حول) أي من وقت الإرتداد ط (قوله أي الكتابية) فسره به ليم اليهودية ط (قوله إلا إذا جاءت به لأكثر الخ) استثناء من قوله يرثه . أما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر كان الملقوق في حالة الإسلام فيكون مسلماً يرث المرتد دور (قوله بالجبر عليه) أي على الإسلام ، فالظاهر من حاله أن يسلم دور : أي بخلاف ، فإذا اتبع أنه الكتابية لأنها لا تجبر عليه (قوله وظهر عليه) بالبناء للمجهول : أي غاب وقهر (قوله فيه) أي غنيمة بوضع في بيت المال لا لورثته بحر (قوله لأن المرتد لا يسترى) بل يقتل إن لم يسلم . ولا يكمل كون ماله فينا دون نفسه لأن مشركي العرب كذلك بحر (قوله بلا مال) متعلق بلحق .

في ما إذا لحق ببعض ماله ثم رجع ولحق بالباقي ، ومقتضى النظر أن ملحق به أولاً ، وما لحق به ثانياً لورثته أرح (قوله في ظاهر الرواية) لأن عوده وأخذ له ولحاقه ثانياً يرجع جانب عدم العود ويؤكد ، فيقرر موته ، وما احتيج التنباه بالحق لصبر ورثه مبرأناً إلا ليرجع عدم عوده فيقرر إقامته ثمة فيقرر موته ، فكان

وحكمه مامر أنه له (قبل قسمته بلا شيء وبعدها بقيمته) إن شاء ، ولا يأخذ له مثلها لعدم الفائدة (وإن قضى بعد) شخص (مرتد لخلق) بدارهم (لابنه فكانت) (الإن (فجاء) المرتد (مسلمًا فبذلها) والولاء كلاهما (للأب) الذي عاد مسلمًا لحصل الإن كالوكيل ؛

(مرتد قتل رجلاً خطأ فله حق أو قتل فدينه في كسب الإسلام) إن كان ولا ففي كسب الردة بحر عن الخيانة ، وكذا لو أقر بقتل . أما لو كان الغصب بالمعاينة أو بالبينه فإنه في الكسب اتفاقاً ظهرياً واعم أن حناية العبد والأمة والمكاتب والمذبر كجنايتهم في غير الردة (قطعت يده عمداً فارتد والعياذ بالله ومات منه أو لحق) (حكم به (فجاء مسلماً فمات منه ضمن القاطع نصف الدية في ماله لو ارتد) في المسألتين ، لأن السراية حلت محلاً غير معصوم فأهدرت ،

رجوعه ثم عوده ثانياً بمنزلة القضاء . وفي بعض روايات السير جعله فيثا ، لأن بمجرد اللحاق لا يصير المذموم للورثة ، والوجه ظاهر الرواية ، وكذا في الفتح تبعاً للثبوت والعناية وفخر الإسلام من أن طهر الرواية لإصلاح ، واعتمده في الكافي ، وبه سقط إشكال الزبلي على النهاية أفاده في البحر (قوله وحكمه) أي حكم مالك القديم إذا وجد ملكه في الغنيمه مامر في الجهاد من التفصيل المذكور (قوله لعدم الفائدة) أي في أخذه ودفع مثله (قوله لحق بدارهم) أي بدار أهل الحرب (قوله فجاء المرتد مسلماً) يعني قبل أداء البذل للإن ، إذ لو كان بعده يكون الولاء للإن ، وقيد بالكتابة لأن الابن إذا دبره ثم جاء الأب مسلماً فإن الولاء للابن دون الأب كما في البحر عن التارخانية ، وكان الفرق أن الكتابة تقبل الفسخ بالصعير فلم تكن في معنى العتق من كل وجه ، بخلاف التدبير (قوله كلاهما للأب) قال في البحر : أشار به إلى أنه لا يملك فسخ الكتابة لصندورها عن ولاية شرعية ، وقد صرح الزبلي ، وقد سنا عن الخيانة أنه يملك إبطال كتابة الوارث قبل أداء جميع البذل ، إلا أن يقال إن مرادهم أنه لا يملك فسخها بمجرد مجيئه من غير أن يفسخها ، أما إذا فسخها انفسخت إلا أن جعلهم الوارث كالوكيل من جهة يأباه (قوله فله حق) أما لو قتل بعد اللحاق ثم جاء ثانياً فلا شيء عليه ، وكذا لو غصب أو قذف لصبر ورثته في حكم أهل الحرب بحر (قوله فدينه في كسب الإسلام) هذا بناء على رواية الحسن المصححة كما قدمناه من أن دين المرتد يقضى من كسب إسلامه ، إلا أن لا يفي فن كسب رده كما يظهر من عبارة البحر ، وهذا خلاف ما مشى عليه المصنف كغيره في الدين (قوله عن الخيانة) صوابه عن التارخانية : وفيه رد على قول الفتح : لو لم يكن له إلا كسب ردة فقط فجنايته هل عند خلافها . قال في البحر : والظاهر أنه سهو ثم قال : وإن كان له الكسب قالاً يستوفى منها . وقال الإمام من كسب الإسلام أولاً ، فإن فضل شيء استوفى من كسب الردة (قوله وكذا) ظاهره أن الإشارة إلى ما قبله من وجوبه في كسب الإسلام إن كان الخ وهو صريح عبارة النهر عن الفوائد الظهيرية لكن في الثربالية عن فوائد الظهيرية : وإن ثبت ذلك بإقراره فعندهما يستوفى من الكسبين جميعاً ، وعنده من كسب الردة لأن الإقرار تصرف منه فيصحب في ماله وكسب الردة ماله عنده أم ومثله في البحر عن التارخانية (قوله كجنايتهم في غير الردة) فيخير السيد بين الدفع والفداء ، والمكاتب موجب جنايته في كسبه ، وأما الجناية عليهم فهدر أفاده في البحر . وأما جناية المذبر فسأق في الجنايات ط (قوله فارتد) أفاد أن الردة بعد القطع ، فلو قبله لا يضمن قاطعه ، إذ لو قتله لا يضمن كما مر (قوله والعياذ بالله) مبتدأ وخبر أو بالنصب مفعول مطلق : أي نعوذ العياذ بالله تعالى (قوله ومات منه) أي من القطع : أي مات مرتداً ، فلو مسلماً فيأتي (قوله نصف الدية) أي ضرع دية اليد فقط وذلك نصف دية النفس ، ولا يضمن بالسراية إلى النفس شيئاً (قوله لو ارتد) إنما كانت له لأنها بمنزلة كسب الإسلام ط (قوله لأن السراية الخ) تعليل للمسألة الأولى . وعلل الثانية في الهداية بأنه صار ميتاً

قيد بالعمد لأنه في الخطأ على العاقلة (و) قيدنا بالحكم بلحاظه لأنه (إن) عاد قبله أو. (أصل ههنا) ولم يلحق (فات منه) بالسراية (ضمن) الدية (كلها) لكونه معصوما وقت السراية أيضا ، ارتد القاطع قتل أو مات ثم سرى إلى النفس فهدر لو عمد القوات محل القود ، ولو خطأ فالدية على العاقلة في ثلاث سنين من يوم القضاء عليهم سخاية : ولا عاقلة لمرتد .

(ولو ارتد مكاتب ولحق) واكتسب مالا (وأخذ بماله و) لم يسل فقتل (فبدل مكاتبته لمولاه : وما بقي) من ماله (لوارثه) لأن الردة لا تؤثر في السخاية :

(زوجان ارتدا ولحقا فولدت) المردة (ولدا وولدا له) أي لذلك المولود (ولد فظهر عليهم) جميعا (فالولدان في) كأصلهما (و) الولد (الأول يجبر) بالضرب (على الإسلام) وإن جبلت به ثمة لتبعيته لأبويه (لا الثاني)

تقدير ، والموت يقطع السراية ، وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى اه وإنما سقط القصاص لا اعتراض الردة (قوله لأنه في الخطأ على العاقلة) الضمير يرجع إلى ما ذكر من ضمان نصف الدية ، وفيه أن العاقلة لا تعقل الأطراف فليتأمل ط .

أقول : لم يرم من قال ذلك وإعما المصريح به أن العاقلة لا تعقل مادون نصف عشر الدية والواجب هنا نصف دية فتحميه العفة بلا شبهة (قوله كلها) هذا عندهما ، وعند محمد النصف بحر (قوله ارتد القاطع) لما بين حكم منصرف المرد أراد بيان حكم القاطع المرتد ط (قوله لقوات محل القود) مقتضاه عدم الفرق في القاطع بين أن يرتد أولا ط .

قلت : وقد صرحوا في الجنايات بأن موت القاتل قبل مقتول سقط لقود (قوله فالدية على العاقلة) لأنه حين الفسخ كان مسما ونين أن الجناية قتل بحر (قوله ولا عاقلة لمرتد) اعتراض بأنه لا محل له هنا ، بل محله عند قوله مرتد قتل رجلا خطأ .

فت : أشار بذكره هنا إشارة خفية كما هو عادته شكر الله تعالى سعيه إلى فائدة التقييد بكون الردة بعد القطع في قوله ارتد القاطع ، وهي ما لو كان قطع في حال الردة فإنه لا شيء على العاقلة فإنه لا عاقلة لمرتد ، فاستغنى بالتعيل عن التصريح بالمعالي لانفهامه مما قبله ، ولا تنس قوله في خطبة الكتاب فرما خالف في حكم أو دليل ، فحسبه من لا اطلاع له ولا فهم عدولا عن السبيل الخ فافهم (قوله وأخذ بماله) أي أسرمع ماله الذي اكتسبه في زمن رده نهر (قوله فبدل مكاتبته لمولاه الخ) أما على أصلهما فظاهر ، لأن كسب الردة ملكه إذا كان حرا فكذا إذا كان مكاتباً ، وأما عنده فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أكسابه بحر (قوله ولحقا فولدت) وكذا إذا ولدت قبل الردة ثم لحقها أو أحدهما إلى دار الحرب فإنه يخرج عن الإسلام لأنه كان بالثمة لها أو للدار . وقد انعدم الكل فيكون الولد فينا ، ويجبر على الإسلام إذا بلغ كالأم ، فإن كان الأب دهب به وحده والأم مسلمة في دار الإسلام لم يكن الولد فينا لأنه بقي مسلماً تبعاً لأمه بحر (قوله فالولدان في كأصلهما) هذا ظاهر في الولد ، فإن أمه تشرق والولد يتبع أمه في الحرية والرق : أما ولد الولد فلا يقعها لأنه لا يتبع الجد كما يأتي وهذه جدة في حكم الجد ، ولا أباه لأن أباه تبع والتابع لا يستتبع غيره كما يأتي : وأجيب بأنه تبع لأمه الحرية ، وفيه أنه قد تكون أمه ذمية مستأمنة ، فالمناسب كون العلة في كونه فينا أن حكمه حكم الحرب كما يأتي فافهم (قوله والولد الأول يجبر بالضرب) أي والجميع نهر أي بخلاف أبويه فإنهما يجبران بالقتل (قوله وإن جبلت به ثمة) أشار إلى أنها لو جبلت به في دار الإسلام يجبر بالأولى . وبه يظهر أن تقييد الهداية بالجل (قوله وإن جبلت به ثمة) أشار إلى أنها لو جبلت به في دار الإسلام والردة وهما يجبران ، فكذا هو

لعدم تبعية الجلد على الظاهر فحكمه كحربی (و) قيد بردينهما ، لأنه (لو مات مسلم عن امرأة حامل فارادت ولحقت فولدت هناك ثم ظهر عليهم) أى على أهل تلك الدار (فإنه لا يسترى ويرث أباه) لأنه مسلم (ولو لم تكن ولدته حتى سيبت ثم ولدته في دار الإسلام فهو مسلم) تبعا لأبيه (مرقوق) تبعا لأمه (فلا يرث أباه) لرقه بذائع (وإذا ارتد صبي عاقل صبح) خلافا للثاني ، ولا خلاف في تخليده في النار لعدم العفو عن الكفر تلويح (كإسلامه) فإنه يصح انصافا (فلا يرث أبويه الكافرين) تفريع على الثاني (ويجبر عليه) بالضرب تفريع على الأول (والعاقل المميز) وهو ابن سبع فأكثر مجتبی وسراجية (وقيل الذي يعقل أن الإسلام سبب النجاة ويزيل الخبيث من الطيب والحلو من المر) قائله الطرسوسي في أضع الوسائل قاتلا ولم أر من قدره بالسنة .

وإن اختلفت كيفية الجبرط (قوله لعدم تبعية الجلد) ولعدم تبعيته لأبيه لأن ردة أبيه كانت تبعا والتبع لا يستتبع خصوصا ، وأصل التبعية ثابتة على خلاف القياس ، لأنه لم يرتد حقيقة ولذا يجبر بالحبس لا بالقتل ، بخلاف أبيه بحر (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية وفي رواية الحسن عنه أنه يتبع الجلد . وجه الأول أنه لو تبع الجلد مكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم وحواء عليهما السلام ولم يوجد في ذريتهما كافر غير مرتد ، ونحوه في الزبلي . والمسائل التي يخالف فيها الجلد الأب ثلاثة عشر ستأتي في الفرائض ، وذكر في البحر منها هنا إحدى عشرة ذكرها المحشى (قوله فحكمه كحربی) في أنه يسترى وتوضع عليه الجزية أو يقتل . وأما الجلد فيقتل إجمالا لأنه المرتد بالأصالة أو يسلم بحر عن الفتح (قوله لأنه مسلم) أى تبعا لأبيه ، ولا يتبع أمه في الرق لعدم تحقق الميثا عليها وقت ولادته ، بخلاف ما إذا ولدته بعد السبي ط .

مطلب في ردة الصبي وإسلامه

(قوله وإذا ارتد صبي عاقل صبح) سواء كان إسلامه بنفسه أو تبعا لأبويه ثم ارتد قبل البلوغ ، فتحرم عليه امرأته ولا يبنى وارثا قهستاني ، ولكن لا يقتل كما مر لأن القتل عقوبة وهو ليس من أهلها في الدنيا ، ولكنه لو قتله إنسان لم يجرم شيئا كالمرأة إذا ارتدت لا تقتل ولا يجرم قاتلها كما في الفتح عن المبسوط (قوله خلاف للثاني) فلا تصح عنده لأنه ضرر محض . وفي التتارخانية عن الملقن أن الإمام رجع إليه ، ومثله في الفتح (قوله ولا خلاف في تخليده في النار) فالخلاف إنما هو في أحكام الدنيا فقط بحر ، لأن العفو عن الكفر دخول الجنة مع الشرك بخلاف حكم الشرع والعقل كما في الأصول قهستاني (قوله كإسلامه) فتترتب عليه أحكامه من عصمة النفس والمال وحل الذبوع ونكاح المسلمة والإرث من المسلم قهستاني (قوله فإنه يصح انصافا) أى من أئمتنا الثلاثة ، وإلا فقد خالف في صحة إسلامه زفر والشافعي كما في الفتح ، فإن قيل : هو غير مكلف . قلنا : إنما يلزم إذا قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن أبي منصور والمعتزلة وأنه يتبع سقلا للواجب لكننا إنما نختار أنه يصح ليرتب عليه الأحكام الدنيوية والأخروية فتح (قوله ويجبر عليه بالضرب) أى والحبس كما مر .

قلت : والظاهر أن هذا بعد بلوغه ، لما مر أن الصبي ليس من أهل العقوبة ، ولما في كافى الحاكم : وإن ارتد الغلام المراهق عن الإسلام لم يقتل ، فإن أدرك كافرا حبس ولم يقتل (قوله وقيل الذي يعقل الخ) قال في الفتح بين أى صاحب الهداية أن الكلام في الصبي الذي يعقل الإسلام زاد في المبسوط كونه بحيث ينظر ويفهم ويفهم اهـ :

قلت : والظاهر أن ما ذكره المصنف بيان لقوله يعقل الإسلام ، ومعنى تمييزه المذكور أن يعرف أن الصديق

قلت : وقد رأيت نقله ، ويؤيده ، أنه عليه الصلاة والسلام عرض الإسلام على علي رضي الله تعالى عنه وسنه سبع ، وكان يفخريه ، حتى قال :

سيفتكم إلى الإسلام طرا غلاما ما بلغت أبوان حلي
وسفتكم إلى الإسلام قهرا بصارم هني وسنان عزى

ثم هل يقع فرضا قبل البلوغ ؟ ظاهر كلامهم نعم اتفاقا . وفي التحرير : المختار عند الماتريدي أنه مخاطب بأداء الإيمان كالبالغ ،

مثلا حسن والكذب قبسح يلام فاعله ، وأن العسل حلو والصبر مر ، ومعنى كونه بحيث ينظر أن يقول إن المسلم في الجنة والكافر في النار ، وإذا قيل له لا ينبغي لك أن تخالف دين أبيك يقول نعم لو كان دينهما حقا أو نحو ذلك . ولا ينبغي أن ابن سبع لا يعقل ذلك غالبا ، ويحتمل أن يكون المراد المناظرة ولو في أمر دنيوي ، كما لو اشترى شيئا ودفع إلى البائع ثمن وامتنع البائع من تسليم المبيع قائلا لا أسلمه إلا إلى أبيك لأنك قاصر فيقول له لم أخذت مني الثمن . فإن لم تسلمني المبيع ادفع لي الثمن ، فهذا ونحوه يقع من ابن سبع غالبا ، وعليه يتحدد القولان تأمل (قوله وقد رأيت) بفتح تاء الخطاب (قوله وسنه سبع) وقبل ثمان وهو الصحيح ، وأخرجه البخاري في تاريخه عن عروة . وقيل عشر أخرجه الحاكم في المستدرک ، وقيل خمسة عشر وهو مردود ، وتمام ذلك مبسوط في الفتح وهو أول من أسلم من الصبيان الأحرار ، ومن الرجال الأحرار أبو بكر ، ومن النساء خديجة ، ومن الموالي زيد بن حارثة ، وتمام تحقيق ذلك في الدر المنقذ ونقل عبارته المحشى (قوله حتى قال الخ) ذكر في القاموس في مادة ودق . قل الماتري : لم يصح أن عليا رضي الله تعالى عنه تكلم بشيء من الشعر غير هذين البيتين . تلکم قريش تمناني لتقتلني . الخ وصوبه الزمخشري اه ومقتضاه أن نسبة ما هنا إليه لم تصح (قوله ظاهر كلامهم نعم اتفاقا) فائدة وقوعه فرضا عدم فرضية تجديده إقرار آخر بعد البلوغ . قال في الفتح : ومقتضى الدليل أنه يجب عليه بعد البلوغ . ثم قال : لكنهم انفقوا على أن لا يجب على الصبي بل يقع فرضا قبل البلوغ : أما عند فخر الإسلام فلا يثبت أصل الوجوب به على الصبي بالسبب وهو حدوث العالم وعقلية دلالة دون وجوب الأداء لأنه بالخطاب وهو غير مخاطب ، فإذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكاة . وأما عند شمس الأئمة لا وجوب أصلا لعدم حكمه وهو وجوب الأداء ، فإذا وجد وجد ، فصار كالسافر يصل الجمعة يسقط فرضه وليست الجمعة فرضا عليه ، لكن ذلك للترفيه عليه بعد سببها فإذا فعل تم اه .

مطلب هل يجب على الصبي الإيمان

(قوله وفي التحرير الخ) هذا قول ثالث . وعبرة التحرير في الفصل الرابع : وعن أبي منصور الماتريدي وكثير من مشايخ العراق والمعتزلة إنفاط وجوب الإيمان به أي بعقل الصبي وعقابه بتركه . ونفاه باقي الحنفية ذرية لقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يعقل ، ورواية لعدم انفساخ كإباحة المراهقة بعدم وصف الإيمان اه موضحا من شرحه لابن أبي حجاج . وقال في أول الفصل الثاني : وزاد أبو منصور لإيجابه على الصبي العاقل ، ونقلوا عن أبي حنيفة : لو لم يبعث الله تعالى للناس رسولا لوجب عليهم معرفته بمقولم . وقال البخاريون : لا تعلق لحكم الله تعالى بفعل المكلف قبل البهمة والتبليغ كالأشاعة وهو المختار ، وحكموا بأن المراد من رواية : لا علم لأحد في الجهل بخالفه ، لما برى من خلق السموات والأرض وخلق نفسه

حتى لو مات بعده بلا إيمان خلد في النار نهر
وفي شرح الوهبانية :

بدرويش درویشان کفر بعضهم
کذا قول شیء الله قبل بکفره
ومن يستحل الرقص قالوا بکفره
وصحیح أن لا کفر وهو المحرم
وباحاضر بانظر لیس بکفره
ولا سبیا بالدف یلهو ویزمر

بعد البعثة ، وحينئذ فيجب حمل الوجوب في قول الإمام اوجب عليهم معرفته على معنى ينبغي ، وتامه في شرحه المذكور (قوله لو مات بعده) أى بعد العقل .

مطلب في معنى درویشان

(قوله كفر بعضهم) لأن معناه جميع الأشياء مباحة فيدخل فيه ما لا يجوز إباحته فيكون مبيع الحرام وهو كهر وهذا باطل ، لأن معناه مسكنة المساكين أوفر الفقراء فكانه قال تمسكتنا بمسكنة المساكين أو افترنا إليهم بغير اعتناء ولا دلالة فيه قط على ما ذكر ، كذا في البرازية . وتنازع في [نور العين] بأن ما ذكره من المعنى هو معناه الواسع أما العرف الذي جرى عليه اصطلاح الملاحدة والفندرية فهو أن جميع الأشياء مباحة لك . فالحق أن يكفر القائل ، كان من تلك الفئة ، أو أراد ما أراده ، أولم يعلم معناه لكنه قاله تقليدا وتشبيها بهم أو يخشى عليه بکفره . ويجوز أو احتياطا إيمانه ، وإن قاله غير عالم ولا متأمل فهو غلط . يلزمه أن يستغفر ، وغاية الأمر أن لا يخصص في التكلم بأمثال هذه المقالة اه ملخصا (قوله قيل بکفره) لعل وجهه أنه طلب شيئا لله تعالى والله تعالى غني عن كل شيء ، والكل مفقر ومحتاج إليه ، وينبغي أن يرجح عدم التكفير فإنه يمكن أن يقول أردت أطلب شيئا لكرام الله تعالى اه شرح الوهبانية .

قلت : فينبغي أو يجب التبعد عن هذه العبارة ، وقد مر أن ما فيه خلاف يؤمر بالتوبة والاستغفار وتجديد النكاح ، لكن هذا إن كان لا بدري مايقول ، أما إن قصد المعنى الصحيح فالظاهر أنه لا بأس به (قوله ليس بکفر) فإن الحضور بمعنى العلم شائع - ما يكون من نجوى ثلاثة إلا هو رابعهم - والنظر بمعنى الرؤية - ألم يعلم بأن الله يرى - فالمعنى بأعالم من يرى برازية .

مطلب في مستحل الرقص

(قوله ومن يستحل الرقص قالوا بکفره) المراد به التمايل وانخفاض والرفع بحركات موزونة كما يفعله بعض من ينسب إلى التصوف . وقد قل في البرازية عن القرطبي إجماع الأئمة على حرمة هذا الغناء وضرب القضيبي والرقص . قال ورايت فتوى شيخ الإسلام جلال الملة والدين الكرماني أن مستحل هذا الرقص كافر ، وتامه في شرح الوهبانية . ونقل في نور العين عن التهيد أنه فاسق لا كافر . ثم قال : التحقيق القاطع للنزاع في أمر الرقص والجماع يستدعي تفصيلا ذكره في عوارف المعارف وإحياء العلوم ، وخلاصته ما أجاب به العلامة التحزير ابن كمال باشا بقوله :

ما في التواجد إن حققت من حرج ولا التمايل إن أخلصت من باس

فقتت تسعى على رجل وحق لمن دعاه مولاه أن يسعى على الراس

الرخصة فيما ذكر من الأوضاع ، عند الذكر والسماع ، للعارفين الصارفين أوقاتهم إلى أحسن الأعمال ،

ومن لولی قال طی مسافة
وإثباتها فی کل ماکان خارقا
عن النفسی النجم یروی ویبصر
یحوز جهول ثم بعض یکفر

باب البغاة

الساکین المالكین لضبط أنفسهم عن قبائح الأحوال ، فهم لا یستمعون إلا من الإله ، ولا یشتاقون لإله ، إن ذکروه لاحوا ، وإن شکره باحوا ، وإن وجدوه صاحوا ، وإن شهدوه استراحوا ، وإن سرحوا فی حضرة قربه صاحوا ، إذا غلب علیهم الوجد بغلباته ، وشربوا من موارد إرادته ، فنهض من طرقة طوارق الهیبة فخر وذاب ومنهم من برقت له بوارق اللطف فتحرك وظاب ، ومنهم من طلع علیه الحب من مطلع القرب فسكر وغاب ، هذا ما عنی فی الجواب ، والله تعالی أعلم بالصواب .

ومن یک وجده وجدا صحیحا فلم یحتج إلى قول المعنی
له من ذاته طرب قديم وسکر دائم من غیر دن^ا

مطلب فی کرامات الأولیاء

(قوله ومن لولی الخ) من مبتدأ وقال صلته وجهول خبره ولولی متعلق بيجوز وطی مبتدأ خبره يجوز ، وأصل التركيب : ومن قال طی مسافة يجوز لولی جهول ، وهذا قول الزعفرانی ، والقاتل بکفره هو ابن مقاتل ومحمد بن یوسف ط (قوله وإثباتها الخ) قال فی البزازیة : وقد ذکر علمائنا أن ما هو من المعجزات الکبار : کاحیاء الموتی ، وقلب العصا حية وانشقاق القمر : وإشباع الجمع من الطعام ، وخروج الماء من بین الأصابع لا یمکن إجرأؤه کرامة للولی ، وطی المسافة منه لقوله علیه الصلاة والسلام : زویت لی الأرض ، فلو جاز لغيره لم یبق فائدة للتخصیص ، لكن فی کلام القاضي أبی زید ما یدل علی أنه لیس بکفر^ا :

قلت : ویدل له ما قالوا فیمکن کان بالمشرق وتزوج امرأة بالمغرب فأتت بولد یلحقه فاعمل . وفي التاریخانیة أن هذه المسألة تؤید الجوال . وقد قال العلامة التفاتانی بعد أن حکى عن أكثر المعتزلة المنع من إثبات کرامات الأولیاء وأن الأستاذ أبی إسحق یبیل إلى قریب من مذهبهم ، وحکی ما قدمناه ، وأن إمام الحرمین قال المرضی عندنا تجوز جملة خوارق العادات فی معرض کرامات . ثم قال : نعم قد یرد فی بعض المعجزات نص قاطع ، علی أن أحدا لا یأتی بمثلها أصلا کالقرآن ثم ذکر بقية الأحوال . ثم قال : والإنصاف ما ذکره الإمام النفسی حین سئل عما حکى أن الکعبة كانت تزور واحدا من الأولیاء ، هل يجوز القول به فقال : نقض العادة علی سبیل الکرامة لأهل الولاية جائز عند أهل السنة .

قلت : النفسی هذا هو الإمام نجم الدین عمر مفتی الإنس والجن رأس الأولیاء فی عصره اه من شرح الوهبانیة ، ونعمامه فیه ، والله سبحانه أعلم .

باب البغاة

آخره لفلة وجوده ، ولبيان حکم من یقتل من المسلمین بعد من یقتل من الکفار بحر .
قلت : ولم یرجم له بکتاب إشارة إلى دخوله تحت کتاب الجهاد ، لأن القتال معهم فی سبیل الله تعالی ولذا کان المقول منا شهیدا کما سیأتی ، إذا لم یخص الجهاد بقتال الکفار ، وبه اندفع ما فی النهر . قال فی الفتوح : والبغاة

البغی لغة الطلب ، ومنه - ذلك ما كنا نبغی - وعرفا : طلب . لا یجمل من جور وظلم فجع . وشرعا (هم الخارجون عن الإمام الحق بغير حق) فلو بحق فلیسوا ببغاة ، وتماهه فی جامع الفصولین .

جمع باغ ، وهذا الوزن مطرد فی کل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورواة وقصاة اه وإنما جمعه لأنه قلنا یوجد واحد یكون له قوة الخروج قهستانی (قوله البغی لغة الطلب الخ) عبارة الفتح : البغی فی اللغة الطلب ، هبیت کذا : أى طلبه . قال تعالى حکایة ذلك - ما كنا نبغی - ثم اشتهر فی العرف فی طلب ما لا یجمل من الجور والظلم . والباغی فی عرف الفقهاء الخارج علی إمام الحق اه لكن فی المصباح : بغیته أبغیه بغیا طلبته ، وبغی علی الناس بغیا : ظلم واعتدی فهو باغ والجمع بغاة ، وبغی : سعی فی الفساد ، ومنه الفرقة الباغیة لأنها عدلت عن القصد ، وأصله من بغی الجرح : إذا ترى إلی الفساد اه وفي القاموس : الباغی الطالب ، وفتة باغیة : خارجة عن طاعة الإمام العادل اه . قال فی البحر : فقوله فی فتح القدر : الباغی فی عرف الفقهاء الخارج عن إمام الحق (۱) تساهل لما علمت أنه فی اللغة أيضا اه .

قلت : قد اشتهر أن صاحب القاموس یدکر المعانی العرفیة مع المعانی اللغویة وذلك بما عیب به عایه ، فلا یدل ذکره لذلك أنه معنی لغوی ، ویؤیده أن أهل اللغة لا یعرفون معنی الإمام الحق الذی جاء فی الشرع بعد النعم . ثم قد یعرض علی الفصح بأن کلامه یقتضی اختصاص البغی بمعنی الطلب ، وأن استعماله فی الجور والظلم معنی عرق فقط ، وقد سمعت أنه لغوی أيضا . وقد یجاب بأن مراده بقوله ثم اشتهر فی العرف الخ العرف اللغوی ، وأن الأصل وندار اللفظ علی معنی الطلب لكن ینافی قول المصباح وأصله من بغی الجرح الخ فتأمل (قوله وشرعاهم الخارجون) عطفه علی ما قبله یقتضی أن یكون التقدير والبغی شرعا هم الخارجون وهو فاسد كما أفاده ح مکان المناسب أن یقول : فالباغاة عرفا الطالبون لما لا یجمل من جور وظلم وشرعا الخ أفاده ط . ويمكن أن یكون علی تقدير مبتدأ : أى والبغاة شرعا الخ (قوله علی الإمام الحق) الظاهر أن المراد به ما یعم المغتلب لأنه بعد استقرار سلطته ونفوذ قهره لا یجوز الخروج علیه كما صرحوا به ثم رأیت فی الدر المنقی قال : إن هذا فی زمانهم ، وأما فی زماننا فالحكم للغلبة لأن الكل یطلبون الدنیا فلا یدری العادل من الباغی كما فی العادة اه وقوله بغير حق أى فی نفس الأمر وإلا فالشرط اعتقادهم أنهم علی حق بتأویل وإلا فهم لصوص ، وبأقی تمام بیانه (قوله وتماهه فی جامع الفصولین) حیث قال فی أول الفصل الأول : بیانه أن المسلمین إذا اجتمعوا علی إمام وصاروا آمنین به فخرج علیه طائفة من المؤمنین ، فإن فعلوا ذلك لظلم ظالمهم به فهم لیسوا من أهل البغی ، وعلیه أن یتروک الظلم ویبصغهم : ولا ینبغی للناس أن یعینوا الإمام علیهم لأن فی إعانة علی الظلم ، ولا أن یعینوا تلك الطائفة علی الإمام أيضا لأن فی إعانة علی خروجهم علی الإمام ، وإن لم یکن ذلك لظلم ظالمهم ولكن لدعوی الحق والولاية فقالوا الحق معنا فهم أهل البغی ، فعلی کل من یقوی علی القتال أن ینصروا إمام المسلمین علی هؤلاء الخارجین لأنهم ملعونون علی لسان صاحب الشرع قال علیه الصلاة والسلام « الفتنه نائمة لعن الله من أیقظها » فإن كانوا نکلموا بالخروج لکن لم یعمزوا علی الخروج بعد . فلیس للإمام أن یتعرض لهم ، لأن العزم علی الجنایة لم یوجد بعد کلاما ذکر فی واقعات اللامشی ، وذكر القلائسی فی تهذیبیه قال بعض المشایخ : لولا علی رضی الله عنه ما درینا القتال مع أهل القبلة ، وكان علی ومن تبعه من أهل العدل وخصمه من أهل البغی ، وفي زماننا الحكم للغلبة ولا تدری

(۱) (قوله من إمام الحق) ألقى فی عبارة الجمع علی إمام الحق كما نقله هو مقبل ذلك بأسطر . والحطب سهل اه مصححه .

ثم الخارجون عن طاعة الإمام ثلاثة : قطاع طريق وعلم حکمهم . وبغاة ويحیی حکمهم وخوارج وهم قوم لهم منعة خرجوا عليه بتأويل يرون أنه على باطل كفر أو معصية توجب قتاله بتأويلهم ، ويستحلون دماءنا وأموالنا ويسبون اسماءنا ، ويكفرون أصحاب نبينا صلى الله عليه وسلم ، وحکمهم حکم البغاة بإجماع الفقهاء كما حققه في الفتح وإنما لم نكفرهم لكونه عن تأويل وإن كان باطلا ،

العادلة والباغية كلهم يطلبون الدنيا ط لكن قوله ولا أن يعينوا تلك الطائفة على الإمام فيه كلام سيأتي (قوله قطاع طريق) وهم قسمان : أحدهما الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة ، يأخذون أموال المسلمين ويقتلونهم ويخيفون الطريق . والثاني قوم كذلك ، إلا أنهم لامنعة لم يكن لهم تأويل ، كذا في الفتح ، لكنه عدّ الأقسام أربعة ، وجعل هذا الثاني قسما منهم مستقلا لمحقا بالقطاع من جهة الحكم : وفي النهر : هنا تحريف فتنبه له (قوله وبغاة) هم كما في الفتح قوم مسلمون خرجوا على إمام العدل ولم يستبجحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبى ذرائعهم اه والمراد خرجوا بتأويل وإلا فهم قطاع كما علمت . وفي الاختيار : أهل البنى كل فئة لهم منعة يتقبلون ويمنعون ويقاتلون أهل العدل بتأويل يقولون الحق معنا ويدعون الولاية اه (قوله وخوارج وهم قوم الخ) الظاهر أن المراد تعريف الخوارج الذين خرجوا على علي رضي الله تعالى عنه ، لأن مناط الفرق بينهم وبين البغاة هو استباحتهم دماء المسلمين وذرائعهم بسبب الكفر ، إذ لا تنسب الزاری ابتداء بدون كفر ، لكن الظاهر من كلام الاختيار وغيره أن البغاة أعم ، فالمراد بالبغاة ما يشمل الفريقين ، ولذا أفسر في البدائع البغاة بالخوارج لبيان أنهم منهم وإن كان البغاة أعم ، وهذا من حيث الاصطلاح ، وإلا فالبنی والخروج متحققان في كل من الفريقين على السوية ، ولذا قال علي رضي الله تعالى عنه في الخوارج : إخواننا بغوا علينا (قوله لهم منعة) بفتح النون : أي عزة في قومهم ، فلا يقدر عليهم من يريد منهم مصباح (قوله بتأويل) أي بدليل يؤولونه على خلاف ظاهره كما وقع للخوارج الذين خرجوا من عسكر علي عليه بزعمهم أنه كفر هو ومن معه من الصحابة حيث حكم جماعة في أمر الحرب الواقع بينه وبين معاوية وقالوا إن الحكم لإلا الله ، ومذهبهم أن مرتكب الكبيرة كافر ، وأن التحكيم كبيرة لشبه قامت لم استدلو بها مذكورة مع ردعها في كتب العقائد .

مطلب في اتباع عبد الوهاب الخوارج في زماننا

(قوله ويكفرون أصحاب نبينا صلى الله عليه وسلم) علمت أن هذا غير شرط في معنى الخوارج ، بل هو بيان لمن خرجوا على سيدنا علي رضي الله تعالى عنه ، وإلا فيكني فيهم اعتقادهم كفر من خرجوا عليه ، كما وقع في زماننا في اتباع عبد الوهاب الذين خرجوا مع نجد وقبضوا على الحرمين وكانوا ينتحون مذهب الخنابلة ، لكنهم اعتقدوا أنهم هم المسلمون وأن من خالف اعتقادهم مشركون ، واستباحوا قتل أهل السنة وقتل علمائهم حتى كسر الله تعالى شوكتهم وحرب بلادهم وظفر بهم صاكر المسلمين عام ثلاث وثلاثين ومائتين وألف (قوله كما حققه في الفتح) حيث قال : وحكم الخوارج عند جمهور الفقهاء والمحدثين حكم البغاة : وذهب بعض المحدثين إلى كفرهم . قال ابن المنذر : ولا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم ، وهذا يقتضي نقل إجماع الفقهاء .

مطلب في عدم تكفير الخوارج وأهل البدع

وقد ذكر في المهيض أن بعض الفقهاء لا يكفر أحدا من أهل البدع . وبعضهم يكفر من خالف منهم يدهته

بخلاف المستحل بلا تأویل كما مر في باب الإمامة .

(والإمام يصير إماما) بأمرين (بالمبايعة من الأشراف والأعيان ، وبأن ينفذ حكمه في رعيته خوفا من قهره وجبروته ، فإن بايع الناس) الإمام (ولم ينفذ حكمه فيهم لحجزه) عن قهرهم (لا يصير إماما ، فإذا صار إماما فجار لا ينزعزل إن) كان (له قهر وغلبة) لعوده بالقهر فلا يفيد

دليلا قطعيا ونسب إلى أكثر أهل السنة والنقل الأول أثبت نعم يقع في كلام أهل مذهب تكفير كثير ، لكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم .

مطلب لأعبرة بغير الفقهاء يعني المجتهدين

ولأعبرة بغير الفقهاء ، والمتقول من المجتهدين ما ذكرنا ، وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين اه لكن صرح في كتابه المسيرة بالاتفاق على تكفير المخالف فيما كان من أصول الدين وضروياته . كالقول بقدم العالم ، ونفي حشر الأجساد ، ونفي العلم بالجزئيات ، وأن الخلاف في غيره كثنى مبادئ الصمات ، ونفي عموم الإرادة ، والقول بخلق القرآن الخ . وكذا قال في شرح منية المصلي : إن ساب الشيخين ومكر خلافتهم ممن بناء على شبهة له لا يكفر ، بخلاف من ادعى أن عليا إله وأن جبريل غلط لأن ذلك ليس عن شبهة واستشراق وسيع في الاجتهاد بل محض هوى اه وتعامه فيه .

قلت : وكذا يكثر قاذف عائشة ومنكر صحة أبيها ، لأن ذلك تكذيب صريح القرآن كما مر في الباب السابق (قوله بخلاف المستحل بلا تأویل) أي من يستحل دماء المسلمين وأموالهم ونحو ذلك مما كان قطعي التحريم وم بينه على دليل كما بناء الخوارج كما مر ، لأنه إذا بناء على تأویل دليل من كتاب أوسنة كان في زعمه إتباع الشرع لامعارضته ومنابدته ، بخلاف غيره (قوله والإمام) أي الإمام الحق الذي ذكره أولا ولم يذكر شروطه استثناء بما قدمه في باب الإمامة من كتاب الصلاة ، وقدمنا الكلام عليها هناك فراجعها .

مطلب الإمام يصير إماما بالمبايعة أو بالاستخلاف ممن قبله

(قوله يصير إماما بالمبايعة) وكذا باستخلاف إمام قبله ، وكذا بالتغلب والقهر كما في شرح المقاصد . قال في المسيرة : ويثبت عقد الإمامة إما باستخلاف الخليفة إياه كما فعل أبو بكر رضي الله تعالى عنه ، وإما ببيعة جماعة من العلماء أو من أهل الرأي والتدبير . وعند الأشعرى يكفي الواحد من العلماء المشهورين من أولى الرأي بشرط كونه بمشهد شهود لدفع الإنكار إن وقع . وشرط المعتزلة خمسة . وذكر بعض الخنفيه اشتراط جماعة دون عدد مخصوص اه ثم قال : لو تضمن وجود العلم والعدالة فيمن تصدى للإمامة وكان في صرفه عنها إثارة فتنه لانتطاق حكما بانعقاد إمامته كي لا تكون كمن يبنى قصرا ويهدم مصرا ، وإذا تغلب آخر على المتغلب وقعد مكانه انزعزل الأول وصار الثاني إماما وتجب طاعة الإمام عادلا كان أو جائرا إذا لم يخالف الشرع ، فقد علم أنه يصير إماما بثلاثة أمور ، لكن الثالث في الإمام المتغلب وإن لم تكن فيه شروط الإمامة ، وقد يكون بالتغلب مع المبايعة وهو الواقع في سلاطين الزمان نصرهم الرحمن (قوله وبأن ينفذ حكمه) أي يشترط مع وجود المبايعة نفاذ حكمه ، وكذا هو شرط أيضا مع الاستخلاف فيما يظهر ، بل يصير إماما بالتغلب ونفاذ الحكم والقهر بدون مبايعة أو استخلاف كما علمت (قوله فلا يفيد) أي لا يفيد حوله

(وإلا ينزل به) لأنه مفيد خائية : وتماه في كتب الكلام (فإذا خرج جماعة مسلمون عن طاعته) أو طاعة نائبه الذي الناس به في أمان دور (وغلبوا على بلد دعاهم إليه) أي إلى طاعته (وكشف شبهتهم) استجبابا (فإن تحيزوا مجتمعين حل لنا قتالهم بدءا حتى نفرق جمعهم) إذ الحكم يدار على دليله وهو الاجتماع والافتناع (ومن دعاه الإمام إلى ذلك) أي قتالهم (افترض عليه إجابته) لأن طاعة الإمام فيما ليس بمصيبة فرض فكيف فيها هو طاعة بدائع (لو قادرا)

مطلب فيما يستحق به الخليفة العزل

(قوله وإلا ينزل به) أي إن لم يكن له قهر ومنعة ينزل به أي بالجزور . قال في شرح المقاصد : ينحل عقد الإمامة بما يزول به مقصود الإمامة كالردة والجنون المطلق ، وصيرورته أسيرا لا يرجي خلاصه ، وكذا بالمرض الذي ينسبه المعلوم ، وبالعنى والصمم والخرس ، وكذا بخلعه نفسه لهجزه عن القيام بمصالح المسلمين وإن لم يكن ظاهرا بل استشعره من نفسه ، وعليه يحمل خلع الحسن نفسه : وأما خلعه لنفسه بلا سبب ففيه خلاف . وكذا في انزاله بالفسق . والأكثر على أنه لا ينزل ، وهو المختار من مذهب الشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى . وعن محمد روايتان ، ويستحق العزل بالاتفاق اه . وقال في المسيرة : وإذا قلد عدلا ثم جار وفسق لا ينزل ولكن يستحق العزل إن لم يستلزم فتنه اه . وفي المواقف وشرحه : إن للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجبها ، مثل أن يوجد منه ما يوجب اختلال أحوال المسلمين وانتكاس أمور الدين كما كان لم نصبه وإقامته لانتظامها وإصلاحها ، وإن أدى خلعه إلى فتنه احتمل أدنى المضرتين اه (قوله فإذا خرج جماعة مسلمون) قيد بذلك لأن أهل الذمة إذا غلبوا على بلدة صاروا أهل حرب كما مر ، ولو قاتلونا مع أهل البني لم يكن ذلك نقضا للعهد منهم ، وهذا لا يرد على المصنف لأنهم أتباع للبيعة المسلمين نهر أي فلهم حكمهم بطريق التبعية . (قوله عن طاعته) أي طاعة الإمام ، وقيدته في الفتح بأن يكون الناس به في أمان والطرق آمنة اه ومثله ما ذكره عن الدور وجهه أنه إذا لم يكن كذلك يكون عاجزا أو جائرا ظالما يجوز انطروج عليه وعزله إن لم يلزم منه فتنه كما علمته آنفا (قوله وغلبوا على بلد) الظاهر إن ذكر البلد بيان للواقع غالبا لأن المدار على تجمعهم وتسكرهم ، وهو لا يكون إلا في محل يظهر فيه قهرهم والغالب كونه بلدة ، فلو تجمعوا في قرية فالحكم كذلك تأمل (قوله أي إلى طاعته) أشار إلى أنه على تقدير مضاف (قوله وكشف شبهتهم استجبابا) أي بأن يسلمهم من سبب خروجهم ، فإن كان لطم منه إزاله ، وإن لدعوى أن الحق معهم والولاية لم فهم بغاة فلو قاتلهم بلا دعوة جاز لأنهم علموا ما يقاثلون عليه كالمرتدين وأهل الحرب بعد بلوغ الدعوة بحر (قوله فإن تحيزوا مجتمعين) أي مالوا إلى جهة مجتمعين فيها أو إلى جماعة ، وهذا في معنى قوله وغلبوا على بلد فكان أحدهما يغني عن الآخر على ما قلنا (قوله حل لنا قتالهم بدءا) هذا اختيار لما نقله خواهر زاده عن أصحابنا أنا نبذوهم قبل أن يبلدونا لأنه لو انظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع ، فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم : ونقل القدوري أنه لا يبدؤهم حتى يبدؤوه ، وظاهر كلامهم أن المذهب الأول بحر ، ولو اندفع شرهم بأهون من القتل وجب بقتل ما يتدفع به شرهم زيلعي .

مطلب في وجوب طاعة الإمام

(قوله افترض عليه إجابته) والأصل فيه قوله تعالى - وأولى الأمر منكم - وقال صلى الله عليه وسلم (اسمعوا وأطيعوا ولو أمر عليكم عبد حبشي أجده) وروى « مجده » ، وعن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال

والا لزم بيته در . وفي المبغى لو بغوا لأجل ظلم السلطان ولا يمنع عنه لا ينبغي للناس معاونة السلطان ولا معاونتهم :
(ولو طلبوا المودة أجيبوا) إليها (إن خيرا للمسلمين) كما في أهل الحرب (والألا) يجابوا بحر (ولا
يؤخذ منهم شيء ، فلو أخذنا منهم رهونا وأخذنا مناهونا ، ثم غدروا بنا وقتلوا رهونا لاقتل رهونهم ولكنهم
يحسبون إلى أن يهلك أهل البغى أو يتوبوا ، وكذلك أهل الشرك) إذا فعلوا برهونا ذلك لانفعل برهونهم (و
لكن) يجبرون على الإسلام أو يصيروا ذمة لنا :

(ولو لم فته أجهز على جريحهم) أى أتم قتله (واتبع مولهم وإلا لا) لعدم الخوف (والإمام بالخيار و
أسيرهم ، إن شاء قتله وإن شاء حبسه) حتى يتوب أهل البغى ، فإن تابوا حبسه أيضا حتى يحدث توبة سراح
(ونقاتلهم بالمنجنيق والإغراق وغير ذلك كأهل الحرب ولا يجوز قتله من أهل الحرمة) كنساء وشيوخ (لا يجوز
قتله منهم) ما لم يقاتلوا ، ولا يقتل عادل محرمه مباشرة ما لم يرد قتله

« عليكم بالسمع والطاعة لكل من يؤمر عليكم ما لم يأمركم بغيره » ففي المنكر لا سمع ولا طاعة ثم إذا أمر العسكر
بأمر فهو على أوجه : إن علموا أنه نفع يبين أطاعوه ، وإن علموا خلافة كان كان لهم قوة ونصروا مسد بلحقهم
لا يطيعوه ، وإن شكوا لزمهم إطاعته ، وتماه في الذخيرة (قوله وإلا لزم بيته) أى إن لم يكن قادرا ، وعديه
يحمل ماروى عن جماعة من الصحابة ، أنهم قعدوا في الفتنة ، وربما كان بعضهم في تردد من حل الفتان . وماروى
عن أبي حنيفة من قول الفتنة : إذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعزل الفتنة ويقعد في بيته
محمول على ما إذا لم يكن لهم إمام . وماروى « إذا التقى المسلمان بسيفهما فالقاتل والمقتول في الدار » محمول على
افتتالهما حية وعصية كما يتفق بين أهل قريتين ومعلمين ، أو لأجل الدنيا والملك ، وتماه في الفتح (قوله وفي
المبغى الخ) موافق لما مر من جامع الفصولين ، ومثله في السراج ، لكن في الفتح : وعب على كل من أطلق
الدفع أن يقاتل مع الإمام إلا أن أبدوا ما يجوز لهم القتال كان ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلما لاشبهة فيه بل يجب أن
يعينهم حتى ينصفهم ويرجع عن جوره ، بخلاف ما إذا كان الحال مشبها أنه ظلم مثل تحميل بعض الجبايات
التي للإمام أخذها وإلحاق الضرر بها لدفع ضرر أعين منه ٨١ :

قلت : ويمكن التوفيق بأن وجوب إعانتهم إذا أمكن امتناعه عن بغيه وإلا فلا كما يفيد قول المبغى ،
ولا يمنع عنه فأمل (قوله ولو طلبوا المودة) أى الصلح من ترك قتالهم ط (قوله ولا يؤخذ منهم شيء) أى على
المودة لأنهم مسلمون ، ومثله في المرتلين فصح (قوله لا تقتل رهونهم) أى وإن وقع الشرط على أن أبها غدر
يقتل الآخرون الرهن لأنهم صاروا آتئين بالمودة أو بإعطاء الأمان لهم حين أخذناهم رهنا ، والغدر من غيرهم
لا يؤاخذون به ، والشرط باطل ، وتماه في الفتح (قوله أو يصيروا ذمة لنا) أو بمعنى إلا فلذلك حذف التوثيح
(قوله أجهز على جريحهم) بالبناء للمفعول فيه وفي اتباع (قوله أى أتم قتله) في المصباح : جهزت على الجريح
من باب نفع وأجهزت إجهازا أتممت عليه وأسرت قتله (قوله واتبع مولهم) أى هاربهم لقلته أو أسره كي
لا يلحق هو أو الجريح بفنته (قوله وإلا لا) أى وإن لم يكن لهم فته يلحقون بها لا يجهز ولا يتبع (قوله وإن شاء
قتله) أى إن كان له فته وإلا لا كما في التهستاني من المحيط . قال في الفتح : ومعنى هذا الخيار أن يحكم نظره فيما
هو أحسن الأمرين في كسر الشوكة لاهوى النفس والشقى (قوله كنساء وشيوخ) أدخلت الكاف الصبيان
والعميان كما في البحر ط (قوله ما لم يقاتلوا) أى فيقتلون حال القتال وبعد الفراغ إلا الصبيان والمجانين بحر (قوله
ولا يقتل) أى يكوه له كما في الفتح (قوله ما لم يرد قتله) فإذا أراد غله دفعه ولو بقتله ، أنه لو يسبب ليقته

(ولم تسب لهم ذرية ، ونهبس أموالهم إلى ظهور توهم) فقد عليهم وبيع الكراع أولى لأنه أنفع فتح ، ويقاس عليه العبيد نهر (ونقاتل بسلاحهم وحيلهم عند الحاجة ، ولا ينقطع بغيرهما من أموالهم مطلقا) ولو عند الحاجة سراج .

(ولو قال الباغي : ثبت وألقي السلاح من يده كف عنه ، ولو قال : كف عني لأنظر في أمري لعل أتوب وألقي السلاح كف عنه ، ولو قال أنا على دينك ومعك السلاح لا) لأن وجود السلاح معه قربنة بقاء بغيه . فقي القاه كف عنه ولا لا فتح .

(ولو قتل باغ مثله فظهر عليهم فلا شيء فيه) لكونه مباح الدم فتح ، فلا إثم أيضا ، وقتلنا شهداء ، ولا يصلى على بعاة بل يكفنون ويدفون بدائع (ويكره نقل رؤوسهم إلى الآفاق) وكذلك رؤوس أهل الحرب لأنها مشنة ، وجوزره بعض المتأخرين لو فيه كسر شوكتهم أو فراغ قلبنا فتح ، ومر في الجهاد ،

(ولو غلبوا على مصر فقتل مصرى مثله عمدا فظهر على المصر قتل به إن لم يجر على أهله) أى المصر (أحكامهم) وإن جرى لا لا قطع ولاية الإمام عنهم (وإن قتل عادل باغيا ورثه) مطلقا

غيره كعقر دابته ، بخلاف أهل الحرب فله أن يقتل محرمه منهم مباشرة إلا والوالدين بحر أى فإنه لا يجوز له قتل والوالدين الحربيين مباشرة ، بل له منعهما ليقتلها غيره إلا إذا أراد قتله ولا يمكن دفعه إلا بالقتل فله قتلها مباشرة كما مر أول الجهاد .

والحاصل أن المحرم هنا كالوالدين ، بخلاف أهل الحرب ، فإن له قتل المحرم فقط . والفرق كما في الفتح أنه اجتمع في الباغي حرمتان : حرمة الإسلام ، وحرمة القرابة . وفي الكافر حرمة القرابة فقط (قوله ولم تسب لهم ذرية) أى أولاد صغار وكذا النساء ، لأن الإسلام يمنع الاسترقاق ابتداء كما في الزيلعي (قوله وبيع الكراع أولى) بضم الكاف ، من تسمية الشيء باسم بعضه ، لما في المصباح أن الكراع من الغنم والبقير مستدق الساعد بعزلة الوطيف من الفرس ، وهو مؤنث يجمع على أكرع والأكرع على أكارع . قال الأزهرى : الأكارع للدابة قوائمها (قوله لأنه أنفع) أى أنفع من إمساكه والإنفاق عليه من بيت المال ، أو للرجوع على صاحبه كما يفيد كلام البحر (قوله وألقي السلاح) فعل ماض معطوف على قال (قوله فقي أقاء الخ) قال في الفتح : ومالم يلقى السلاح في صورة من الصور كان له قتله ، ومتى ألقاه كف عنه ، بخلاف الجرحى لا يلزمه الكف منه بلقاء السلاح (قوله فلا شيء فيه) أى لادية ولا قصاص إذا ظهرنا عليهم فتح (قوله لكونه مباح الدم) ألا ترى أن العادل إذا قتله لا يجب عليه شيء ، ولأن القصاص لا يستوفى إلا بالولاية وهي بالمفعة ، ولا ولاية لإمامنا عليهم فلم يجب شيء وصار كالقتل في دار الحرب : وعند الأئمة الثلاثة يقتل به فتح (قوله فلا إثم أيضا) أخذه في النهر من ظاهر كلام الفتح ومثله في البحر فتأمله (قوله وقتلنا شهداء) أى فيصنع بهم ما يصنع بالشهداء كافي (قوله بل يكفنون) أى بعد أن يغسلوا كما في البحر (قوله لأنها مظنة) أى لأن هذه الهيئة : أو أنه لتأنيث الخبر أى والمثلثة منهي عنها (قوله وجوزره بعض المتأخرين) لمنع كونه مثلة ، قال في البحر : ومنعه في المحيط في رؤوس البغاة ، وجوزره في رؤوس أهل الحرب (قوله إن لم يجر الخ) أى بأن أخرجههم إمام العدل قبل تقرر حكمهم لأنه حينئذ لم تنقطع ولاية الإمام فوجب القود فتح (قوله وإن جرى لا) أى لا يقتل به ولكن يستحق عذاب الآخرة فتح (قوله مطلقا) يفسره ما بعده ، قال في البحر : إذا قتل عادل باغيا فإنه يرثه ولا تفصيل فيه لأنه قتله بحق فلا يمنع الإرث . وأصله أن العادل إذا تلفت نفس للباغي أو أهله لا يضمن ولا يأثم لأنه مأمور بقتلهم دفعا

وبالعكس (إذا قال) الباغي وقت قتلہ (أنا على باطل لا) يرثه اتفاقا لعدم الشبهة (وإن قال أما على حق) في الخروج على الإمام وأصر على دعواه (ورثه) أما لو رجع تبطل ديانته فلا يرث ابن كمال. وفي الفتح: لو دخل باغ بأمان فقتله عادل عمدا لزمه الدية كما في المستأنم لبقاء شبهة الإباحة.

لشرهم كذا في الهداية ونحوه في البدائع. وفي المحيط: العادل لو أنلف مال الباغي يضمن لأنه معصوم في حقهم. ووفق الزيلعي بحمل الأول على إنلافه حال القتال بسبب القتال إذ لا يمكنه أن يقتلهم إلا بانلاف شيء من أموالهم كالخيل، وأما في غير هذه الحالة فلا معنى لمنع الضمان لعصمة أموالهم اهـ ملخصا.

قلت: ويظهر لي التوفيق بوجه آخر، وهو حمل الضمان على ما قبل تحيزهم وخروجهم أو به كسرهم وتفرق جمعهم، أما إذا تحيزوا لقتالنا مجتمعين فإنهم غير معصومين بدليل حل قتالنا لهم، وبطل عهدهم بآية لا بأس بقتالهم، إذ لا يؤمر بقتالهم إلا في هذه الحالة، فلو أنلف العادل منهم شيئا في هذه الحالة لا يضمنه سقوط عصمة بخلاف غير ما فإنه يضمن لأنه حينئذ معصوم في حقنا، ولم أر من ذكر هذا التوفيق، والله تعالى الموفق (قوله وبالعكس) أي إذا قتل باغ عادلا (قوله وقت قتلہ) متعلق بقوله أنا على باطل، فكان عليه أن يذكره عقبه إذ لا يلزم قوله ذلك وقت قتلہ، بل اللازم اعتقاد ذلك وقته، لكن قد يأتي لفظ قال بمعنى اعتقد بأمر، وعدرة البحر، وإن قال قتلته وأنا أعلم أني على باطل لم يرثه (قوله اتفاقا) أي من أي يوسف وصحبه (قوله لعدم الشبهة) وهي التأويل باعتقاد كونه على حق (قوله ورثه) أي خلافا لأن يوسف لأنه أنلف بتأويل حسد، وماسد منه ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم.

والحاصل أن نفي الضمان منوط بالمنعة مع التأويل، فلو تجردت المنعة عن التأويل كقوم تعابوا على مدة فتنبو واستهلكوا الأموال بلا تأويل ثم ظهر عليهم أخذوا بجميع ذلك، ولو انفرد التأويل عن المنعة بأن امرء واحد واثان فقتلوا وأخذوا عن تأويل ضمنوا إذا نابوا وقدر عليهم، وتماه في الفتح والزيلعي وفي الاختيار: وما أصاب كل واحد من الفريقين من الآخر من دم أو جراحة أو استهلاك مال فهو موضوع لدية فيه، ولا ضمان ولا قصاص، وما كان قائما في يد كل واحد من الفريقين للآخر فهو لصاحبه. قال محمد رحمه الله تعالى: إذا نابوا أفتهم أن يفرموا ولا أجبرهم على ذلك لأنهم أنفقوه بغير حق، فسقوط المطالبة لا يسقط الضمان فما بينه وبين الله تعالى. وقال أصحابنا: ما فعلوه قبل التحيز والخروج، وبعد تفرق جمعهم يؤخذون به لأنهم من أهل دارنا، ولا منعة لهم كغيرهم من المسلمين، أما ما فعلوه بعد التحيز لا ضمان فيه لما بيننا اهـ.

قلت: فتحصل من ذلك كله أن أهل البغي إذا كانوا كثيرين ذوى منعة وتحيزوا لقتالنا معتقدين حله بتأويل سقط عنهم ضمان ما أنفقوه من دم أو مال دون ما كان قائما، ويضمنون كل ذلك إذا كانوا قايدين لأمنعة لهم أو قبل تحيزهم أو بعد تفرق جمعهم، وتقدم أن ما أنفقاه أهل العدل لا يضمنونه، وقيل يضمنونه، وقدما التوفيق (قوله تبطل ديانته) أي تأويله الذي كان يتدين به وأسقطنا ضمانه بسببه، فإذا رجع ظهر أنه لا تأويل له فلا يرث ويضمن ما أنلف. وفي عامة النسخ ديانة بدون ضمير، وهو تحريف، والموافق لما في ابن كمال عن غاية البيان هو الأول (قوله عمدا) ليس في كلام الفتح، ولكن حله عليه في النهر لأنه المراد بدليل التعليل. ثم قال في النهر وينبغي أن لا يرث منه، وهذه ترد على إطلاق المصنف (قوله كما في المستأنم) أي كما لو قتل المسلم مستأمنًا في دارنا فتح (قوله لبقاء شبهة الإباحة) حلة لعدم وجوب القصاص المفهوم من وجوب الدية اهـ ج.

(ویکرہ) تحریم (بیع السلاح من أهل الفتنة إن علم) لآلہ إعانة علی المعصية (وبیع ما یخذ منه کالحديد) ونحوه یکرہ لأهل الحرب (لا) لأهل البنی لعدم تفرغهم لعمله سلاحا لقرب زوالهم ، بخلاف أهل الحرب زیلی :

قلت : وأفاد کلامهم أن ما قامت المعصية بعینه یکرہ بیعه تحریمًا وإلا فتزیهًا نهر .
وفی الفتح : ینفذ حکم قاضیهم لو عادلا وإلا لا ، ولو کتب قاضیهم إلى قاضینا کتابا ، فإن علم أنه قضی بشهادة عدلین نفذہ وإلا لا .

مطلب فی کراهة بیع ما تقوم المعصية بعینه

(قوله تحریمًا) بحث لصاحب البحر حیث قال : وظاهر کلامهم أن الکراهة تحریمیة لتعلیلهم بالإعانة علی المعصية ط (قوله من أهل الفتنة) شمل البغاة وقطاع الطرق والمصوص بحر (قوله إن علم) أى إن علم البائع أن المشترى منهم (قوله لأنه إعانة علی المعصية) لأنه یقاتل بعینه ، بخلاف ما لا یقاتل به إلا بصنعة تحدث فیہ کالحديد ونظیره کراهة بیع المعازف لأن المعصية تقام بها عینها ، ولا یکرہ بیع الخشب المتخذة هی منه ، وعلى هذا بیع الخمر لا یصح ویصح بیع العنب . والفرق فی ذلك کله ما ذکرنا فتع وثلثه فی البحر عن البدائع ، وكذا فی الزیلعی لکنه قال بعده : وكذا لا یکرہ بیع الجارية المغنیة والکبش النطوح والذیک المقاتل والحمامة الطیارة لأنه لیس عینها منکرًا وإنما المنکر فی استعمالها المحظور اه :

قلت : لکن هذه الأشياء تقام المعصية بعینها لکن لیست هی المقصود الأصلی منها ، فإن عین الجارية للخدمة مثلا والغناء عارض فلم تکن عین المنکر ، بخلاف السلاح فإن المقصود الأصلی منه هو المحاربة به فکان عین منکرًا إذا بیع لأهل الفتنة ، فصار المراد بما تقام المعصية به ما کان عین منکرًا بلا عمل صنعة فیہ ، فخرج نحو الجارية المغنیة لأنها لیس عین المنکر ، ونحو الحديد والعصیر لأنه وإن کان یصل منه عین المنکر لکنه بصنعة تحدث فلم یکرہ عینہ ، وبهذا ظهر أن بیع الأمرد ممن یلوط به مثل الجارية المغنیة فلیس ما تقوم المعصية بعینه ، خلافا لما ذکره المصنف والشارح فی باب الحظر والإباحة ، ویأتی تمامه قریبًا (قوله یکرہ لأهل الحرب) مقتضى ما نقلناه عن الفتح عدم الکراهة ، إلا أن یقال المنی کراهة التحریم والمثبت کراهة التزیه ، لأن الحديد وإن لم تقم المعصية بعینه لکن إذا کان بیعه ممن یعمله سلاحًا کان فیہ نوع إعانة تأمل (قوله نهر) عبارته : وعرف بهذا أنه لا یکرہ بیع ما لم تقم المعصية به کبیع الجارية المغنیة والکبش النطوح والحمامة الطیارة والعصیر والخشب الذی یتخذ منه المعازف ، وما فی بیوع الخانیة من أنه یکرہ بیع الأمرد من فاسق یعلم أنه یعصی به بشكل ، والذی یجزم به فی الحظر والإباحة أنه لا یکرہ بیع جاریة ممن یتأثم فی دبرها أو بیع الغلام من لوطی وهو الموفق لما مر . وعندی أن ما فی الخانیة عمول علی کراهة التزیه والمنفی فهو کراهة التحریم ، وعلى هذا فیکره فی الكل تزیهها ، وهو الذی إلیه تطمئن النفس لأنه تسبب فی الإعانة ، ولم أر من تعرض لهذا ، والله تعالی موافق اه (قوله ینفذ) بالشدید مبنيًا للمجهول (قوله لو عادلا) أى لو کان حکم قاضیهم عادلا : أى علیذهب أهل العدل : قال فی الفتح : وإذا ولی البغاة قاضیا علی مکان غلبوا علیه قضی ما شاء ثم ظهر أهل العدل فرفعت أقضیتہ إلى قاضی العدل نفذ منها ما هو عدل وكذا ما قضی برأى بعض المجتهدین ، لأن قضاء القاضی فی المجتهدات نافذ وإن کان مخالفًا لرأى قاضی العدل اه (قوله) ولو کتب قاضیهم الخ) محله إذا کان من أهل العدل وإلا لا یقبل کتابه لنفسه كما فی الفتح . وأفاد صحة تولية البغاة القضاء كما سیأتی فی بابہ ، والله سبحانه أعلم .

کتاب اللقیط

عقبه مع اللقطة بالجهد لعرضيتهما لفوات النفس والمال ، وقدم اللقیط لتعلقه بالنفس ، وهي مقدمة على المال .

(هو) لغة ما يلقط فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الولد المتبوء باعتبار المال وشرعا (اسم لحی مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزیبة) مضیعه أتم حمزه غانم (التقاطه فرض كناية إن غلب على طه هلاکة لو لم يرفعه) ولو لم يعلم به غيره ففرض عين ، ومثله رؤية أعیى يقع في بشر شئ (وإلا فتدوب) لما فيه من الشفقة والإحیاء و (هو حر)

کتاب اللقیط

أى کتاب لقط اللقیط قهستانی ، والأولى قول الحموی کتاب فی بیان أحكام اللقیط ، لأن الکتاب معنود لبيان ماهو أهم من لقطة كنفقة وجنایته وإرثه وغير ذلك ط (قوله عقبه مع اللقطة بالجهد) تنع في هذا التعمير صاحب النهر ، وفيه قلب ، وصوابه عقب الجهد به مع اللقطة ط .

قلت : لكن فی المصباح كل شئ جاء بعد شئ فقد عاقبه وعقبه تعقبا ، ثم قال وعقب ريدا عقما من باب قتل وعقوبا جئت بعده ، ثم قال والسلام يعقب التشهد أى يتلوه ، فهو عقيب له اه . فعل هذا إذا قلت أعقت ريدا عمرا كان معناه جعلت ريدا قالبا لعمرو ، لأن زيدا فاعل في الأصل كما في أليست زيدا جبة ، وكذا نقول أعقبت السلام التشهد : أى أتيت بالسلام بعد التشهد ، ومثله أعقبت السلام بالتشهد بزيادة الباء . وعليه ففعله عقب اللقیط بالجهد معناه أتى به عقب الجهد فلا قلب فيه ، هذا ماظهرلى (قوله لعرضيتهما) بفتح العين والراء اه ح : أى لتوقع عروض الهلاك والزوال فيهما : أى كما أن النفس والأموال في الجهد على شرف الهلاك ، وإنما قدمه عليهما لكونه فرضا لإعلاء كلمة الله تعالى والإلقاط مندوب (قوله ما يلقط) أى يرفع من الأرض فتح (قوله ثم غلب) أى في اللغة كما هو ظاهر المغرب والمصباح ، فهو كاستعماله اللفظ بمعنى المفقوظ ثم تخصیصه بما يلفظه القم من الحروف (قوله باعتبار المال) لأنه يؤول أمره إلى الالتقاط في العادة ، وظاهره أنه مجاز لفوى بعلاقة الأول مثل - أعصر خرا - وانظر ما قدمناه في باب كيفية القسمة عند قوله صاه قتيلا الخ (قوله وشرعا اسم لحی مولود الخ) كذا في البحر ، وظاهر الفتح اتحاد المعنى الشرعى واللغوى ، وعلى ما هنا فالغاية بينهما بزيادة قيد الحياة وهو غير ظاهر لأن الميت كذلك فيما يظهر حتى يحكم بإسلامه تبعاً للدار فيعسل ويصل عليه ، ولو وجد قتيلا في محلة تجب فيه الدية والقسامة كما سندكره تأمل ، والمراد به ما كان من بنى آدم كما نقل عن التتافى ، وقيد بقوله طرحه أهله . احترازاً عن الضائع (قوله خوفا من العيلة) بالفتح : الفقر مصباح (قوله فرارا من تهمة الزیبة) التهمة : بفتح الهاء وسكونها الشك والزیبة مصباح . وفيه أيضا : الزیبة الظن والشك ، لكن المراد بها هنا الزنا (قوله مضیعه) أى طارحه أو تاركة حتى ضاع أى هلك (قوله إن غلب على ظنه هلاکة) بأن وجده في مفازة ونحوها من المهالك ، وليس مراد الكنز من الوجوب الاصطلاحي بل الاقتراض ، فلا خلاف بيننا وبين باقي الأئمة كما قد توهم بحر . قال في النهر : وفيه إجماع إلى أنه يشترط في الملتقط كونه مكلفا ، فلا يصح التقاط الصبي والمجنون ، ولا بشرط كونه مسلما عدلا رشيدا لما سياتى من أن التقاط الكافر صحيح والفاسق أولى ، وأن العبد المحجور عليه يصح التقاطه أيضا ، فالمحجور عليه بالسنة أولى اه ويأتى قريبا تمام الكلام على المحجور (قوله وإلا فتدوب) قال في البحر : وينبغي أن يحرم طرحه بعد التقاطه ، لأنه وجب عليه بعد التقاطه حفظه فلا يملك رده إلى ما كان عليه (قوله وهو حر)

مسلم تبعاً للدار (إلا بحجة رقه) على خصم وهو الملقط لسبق يده (وما يحتاج إليه) ، من نفقة وكسوة ومسكني ودواء ومهر إذا روجه السلطان (في بيت المال) إن برهن على التقاطه (وإن كان له مال) أو قرابة (ففي ماله) أو على قرابته (وارثه) ولو دية (في بيت المال كجنيته) لأن الغرم بالغنم (وليس لأحد أخذه منه قهراً)

أى في جميع أحكامه حتى يجد قاذفه ، لأن الأصل في بني آدم الحرية لأنهم أولاد خيار المسلمين آدم وجوآء ، وإنما عرض الرق وعروض الكفر لبعضهم ، وكذا الدار دار الأحرار فتح ، وشمل ما إذا كان الواجد حراً أو عبداً أو مكاتباً ولا يكون تبعاً للواجد والواجبة .

و اعبط : لو وجدته المحجور ولا يعرف إلا بقوله قال المولى كذبت بل هو عبيدى فالقول للمولى ، لأنه ذواليد : دلالة بائد على نفسه وإن كان العبد مأدوماً فالقول له لأن له يداً . وتماه في البحر (قوله مسلم تبعاً للدار) أعاد أن المعتبر في ثبوت إسلامه المكاتب سواء كان الواجد مسلماً أو كافراً . وفيه خلاف سبأني (قوله إلا بحجة رقه) يستثنى منه ما لو كان الملقط عبداً محجوراً وأدعى مولاه أنه عبده كقمار آفأ ، وكذا لو ادعاه الملقط الحر إن لم يكن أقر بأنه لقيط كما في البحر (قوله على خصم وهو الملقط) هذا إذا كان القبط صغيراً ، فلو كبراً يثبت رقه بإقامة البينة عليه وبإقراره أيضاً كما في التمهاتى عن النظم ، لكن إقراره يقتصر عليه ويأتى بيانه في الفروع (قوله وما يحتاج إليه) عبارة المتون ونفقه في بيت المال . قال في البحر : ولو قال وما يحتاج إليه كان أولى لما في المحيط من أن مهره إذا تزوجه السلطان في بيت المال . وإن كان له مال ففي ماله اهـ (قوله من نفقة وكسوة الخ) في النهر : قد مر أن النفقة اسم للطعام والشراب والكسوة والسكنى (قوله ودواء) ذكره في النهر بحثاً لأنه أولى من التزويج (قوله إذا تزوجه السلطان) أى أو وكيله . وقيد به لأب الملقط لا يملك تزويجه كما يأتى . والظاهر أن تزويج السلطان له مقيد بالحاجة ، كما لو احتاج إلى خادم فزوجه امرأة تخدمه أو نحو ذلك . وإلا ففيه الإنفاق من بيت المال بلا ضرورة . والظاهر أن نفقة زوجته في بيت المال أيضاً فتأمل (قوله أن برهن على التقاطه) لأنه عساه ابنه ، والوجه أن لا يتوقف على البينة بل ما يرجع صدقه لها لم تنعم على خصم حاصر ، ولذا قال في المبسوط : هذه لكشف الحال ، والبيضة لكشف الحال مقبولة وإن لم تنعم على خصم فتح .

[تنبيه] أفادته أو أنفق الملقط من ماله فهو متبرع إلا إذا أذن له القاضي بشرط الرجوع . وسيأتى تمامه في النقطة (قوله ولو دية) قال في الفتح : حتى لو وجد القبط قتيلاً في محلة كان على أهلها دية لبيت المال وعليهم القسامة ، وكذا إذا قتله الملقط أو غيره خطأ فالدية على عاقته لبيت المال ، ولو عبداً فالخيار إلى الإمام اهـ أى بين القتل والصالح على الدية ، وليس له العفو بخر (قوله كجنيته) أى على غيره

مطلب في قولهم الغرم بالغنم

(قوله لأن الغرم بالغنم) تعليل لقوله كجنيته . قال في المصباح : والغنم بالغرم أى مقابل به ، فكما أن المالك يتحصن بالغنم ولا يشاركه فيه أحدهم كذلك يتحمل الغرم ولا يتحمل به أحد ، وهذا معنى قولهم : الغرم مجرور بالغنم اهـ . (قوله وليس لأحد أخذه منه قهراً) لأنه ثبت حق الحفظ له لسبق يده ، ويؤيد أن ينزع منه إذا لم يكن أهلاً لحفظه كما قالوا في الحاشية ، وكما يفيد قول الفتح الآتى إلا بسبب بوجوب ذلك بحر .

قلت : وكذا يفيد ما سبأني من أنه يثبت نسبة من ذمى ، ولكن هو مسلم فينزع من يده قبيل عطف الأديان . والظاهر أن النزاع فيه واجب . كما لو كان الملقط فاسقاً يخشى عليه من الفجور بالقبط فينزع منه قبيل حد الاشتباه

وہل للإمام الأعظم اھلہ بالولاية العامة فی الفتح لا ، وأقرہ المصنف تبعاً للبحر وحرر فی النہر ، لعم لکن لا یبغی اھلہ إلا بموجب (فلو أخذہ أحد وخاصہ الأول رد إلیہ) إلا إذا دفعہ باخیارہ لآلہ أبطل حقہ (و) هذا إذا اتحد الملتقط ، فلو تعدد وترجع أحدهما کما (لو وجدہ مسلم وکافر فتنازعا قضی بہ للمسلم) لأن أنفع للقبض خانیة ، ولو استویا فالرأی للقاضی بحر یجہا .

(ویثبت نسب من واحد) بمجرد دعواه ولو غیر الملتقط استحساناً لو حیا وإلا فالبیئة خانیة (ومن اتنب) مستویین کولد أمة مشترکة .

ولاتباقہ ما فی الخانیة من أنه إذا علم القاضی عجزہ عن حفظہ بنفسہ وأتی بہ إلیہ فإن الأولی له أن یقبلہ اھ ، لأنه إذا لم یرد بالأولی الوجوب فوجہہ أنه إذا لم یقبلہ متہ بعد ما أتی بہ إلیہ علم أماتہ ، ودیانہ وأنه حیث لم یقبلہ مہ بدفعہ ہو إلی من یحفظہ فلم یتعین القاضی لأخذہ متہ ، بخلاف ما إذا کان یخشی علیہ من الملتقط ، وبہ اندفع ما فی النہر (قوله فی الفتح لا) حیث قال لا یبغی للإمام أن یأخذہ من الملتقط إلا بسبب یوجب ذلك لأن یدہ سبقت إلیہ فهو أحق متہ (قوله وحرر فی النہر نعم) حیث قال : وأقول المذكور فی المیسوط أن للإمام الأعظم أن یأخذہ بحکم الولاية العامة إلا أنه لا یبغی له ذلك ، وهو الذی ذکرہ فی الفتح (قوله وهذا) ای عدم أحدہ من الملتقط (قوله لأنه أنفع للقبض) لأنه یعلمہ أحكام الإسلام ولأنہ محکوم بہ بالإسلام فیکال المسلم أولی عطفہ ، أفادہ فی البحر ۛ

قلت : وهذا إذا لم یعقل الأديان وإلا نزاع من الکافر ولو کان ہو الملتقط وحده کما یأتی تأمل (قوله ولو استویا) بأن کانا مسلمین أو کافرین (قوله فالرأی للقاضی) ویبغی أن یرجع ما هو أنفع للقبض نهر ، بأن یقدم العدل علی الفاسق والغنی علی الفقیر ، بل ظاہر تعلیل الخانیة بأنه أنفع للقبض عدم اختصاص الرجیح بالإسلام فیعم ما ذکر ، فیقضى بہ لعدل والغنی حیث کان هو الأنفع ، ولذا قال فی البحر : وهو یبعد أنه إن أمکن الترجیح لخصہ بہ الراجع اھ . وعلى هذا یحمل قوله ولو استویا ای فی صفات الترجیح کلها (قوله استحساناً) والقیاس أن لا تصح دعواهما ، أما الملتقط فلتناقضہ ، وأما غیرہ فلأن فیہ إبطال حق ثابت بمجرد دعوی أغنی الحفظ للملتقط وحق الولد للعامة . وجه الاستحسان أنه إقرار للخصی بما ینفعه والتناقص لا یضری دعوی النسب ، وإبطال حق الملتقط ضمننا ضرورة ثبوت النسب ، وکم من شیء یمیت ضمننا لانقصاء ، ألا ترى أن شهادة القابلة بالولادة تصح ثم ینتر بعلیہا استحقاقہ للإرث ، ولو شهدت علیہ ابتداء لم یصح نهر (قوله لو حیا) ای لو کان القبط حیا وهو مرتبط بقوله بمجرد دعواه (قوله وإلا فالبیئة) ای وإن کان القبط میتا وترك مالا أو لم یتک فادعی رجل بعد موته أنه ابنہ لا یصدق إلا بحجة بحر عہ الخانیة ای لاحتمال ظهور مال له ، ولعل وجه الفرق أن دعوی الحی تتمحض للنسب ، بخلاف المیت لاستثنائہ عنہ بالموت فصارت دعوی الإرث ، ثم رأیتہ صریحاً فی الفتح . وأیضا فإنه فی دعوی الحی غیر متهم لإقرارہ علی نفسه یوجب النفقة . تأمل (قوله ومن اتنب مستویین) ای إذا ادعیاه معا فلو سبق أحدهما فهو ابنہ مالم یرہی الآخر ، وقید الاستواء ، إذ لو کان لأحدهما مرجح ، فهو أولی کالمقتط وخارج فیحکم بہ للملتقط ولو ذمیا ویسلام الولد ، ولو خارجین یقدم من برهن علی من لم یرهن ، والمسلم علی الذمی ، والمحر علی العبد ، والذمی الحر علی العبد المسلم ، أفادہ فی البحر ، وكأن الشارح ترک التکید بالمیة لکون الأسبق له مرجح وهو السبق لعدم المنازع ، ومن المرجح وصف أحدهما علامة کما یأتی (قوله کولد أمة مشترکة) ای فإنه لو ادعیاه کل من الشریکین أو الشرکاء معا ثبت من کل ، فهو تشبیہ لمسألة المثنی بہذہ کما بہ علیہ فی المر المتفق

وعبارة المنية : ادعاه أكثر من اثنين فمن الإمام أنه إلى خمسة ظاهرة في عدم قبول دعوى الزائد . ولا يشترط اتحاد الإمام نهر ، لكن في القهستاني عن النظم ما يفيد ثبوته من الأكثر فليحرر .

(ولو ادعت امرأة) واحدة (ذات زوج ، فإن صدقتها زوجها أو شهدت لها القابلة أو قامت بينة) ولو رجلا وامرأتين على الولادة (صححت) دعوتها (وإلا لا) لما فيه من يحمل النسب على الغير (وإن لم يكن لها زوج فلا بد من شهادة رجلين) ؛ ولو ادعت امرأتان وأقامت إحداهما البينة فهي أولى به ، وإن أقامت جميعا فهو ابنهما) خلافا لما للكل من الخانية (وإن) ادعاه خارجان (ووصف أحدهما علامة به) أي بجسده لا بثوبه (ووافق فهو أحق) إذا لم يعارضها أقوى أقوى منها ، كهيئة الآخر وحرية وسبقه

لا ينفيد لما في المتن بما إذا ادعاه كل من الملتقطين من جارية مشتركة ، خلافا لما فهمه في البحر من عبارة الخانية كتابه عليه في النهر ، ولذا قال بعده : ولا يشترط اتحاد الأم ، وبه صرح في التارخانية كما يأتي (قوله وعبارة المنية) مبتدأ وبضما إليه ، وقوله ادعاه الخ بدل من عبارة ، وقوله ظاهرة خبر المبتدأ ، ومثل ما في المنية ما في الفتح حيث قل : ولا يلحق بأكثر من اثنين عند أبي يوسف ، وهو رواية عن أحمد . وعند محمد لا يلحق بأكثر من ثلاثة . وفي شرح الطحاوي ، وإن كان المدعى أكثر من اثنين ، فمن أبي حنيفة أنه جوزه إلى خمسة اه قال في البحر : ولم أر توجيه هذه الأقوال (قوله ولا يشترط اتحاد الأم) لما في النهر عن التارخانية : لو عين كل واحد منهما امرأة أخرى قضى بالولد بينهما ، وهل يثبت نسب الولد من المرأتين على قياس قوله يثبت ، وعلى قولهما لا (قوله لكن في القهستاني الخ) استدراك على ما في المنية وعبارة القهستاني هكذا : وفيه : أي في قول القنابة : ولو رجلين إشارة إلى أنه لو ادعاه أكثر من رجلين لم يثبت منه ، وهذا عند أبي يوسف : وأما عند محمد فيثبت من الثلاث لا الأكثر . وعند أبي حنيفة يثبت من الأكثر اه فقوله من الأكثر يشمل ما فوق الخمسة لكن حيث يفيد غيره بالخمس يحمل إطلاقه عليه لأنه صريح (قوله ولو رجلا وامرأتين) لعله أتى بالمبالغة إشارة إلى أن قوله الآتي فلا بد من شهادة رجلين ليس المراد به الحصر في الرجلين بل المراد به نصاب الشهادة فهو نفي لقبول شهادة الفرد ، فلا ينافي قبول شهادة رجل وامرأتين لأن الشهادة على النسب لا يشترط فيها الرجال بخلاف نحو الحدود والقود فافهم (قوله على الغير) أي على الزوج لأنه يلزم من ثبوته منها ثبوته منه لأن الولد للفراش (قوله فلا بد من شهادة رجلين) ذكر في النهر أن هذا يخالف ما في المنية من أنها تصدق ولو ادعت أنه ابنها منه اه . وذكر في الخانية الفرق بين هذا وبين قبول دعوى الرجل بلا بينة ، وهو أن في قبول قول الرجل دفع العار عن القبط ، وليس ذلك في دعوى المرأة فلا يقبل قولها بلا بينة اه ولذا قبل قولها بتصديق الزوج وشهادة القابلة لأنه يثبت نسب من الزوج فيندفع عنه العار أي عاره بكونه لا أب له فإنه مظنة كونه ابن زنا (قوله خلافا لهما) فعندهما لا يكون لواحدة منهما ، لكن عند محمد روايتان : إحداهما كقول الإمام كما في البحر عن البدائع (قوله الكل من الخانية) أي ما ذكر من مسائل دعوى المرأة والمرأتين (قوله وإن ادعاه خارجان) أي لا بد لأحدهما عليه ، وقيد به لما في البحر من أن ظاهر ما في الفتح تقديم ذي اليد على الخارج ذي العلامة (قوله أي بجسده) أي كشامة وسلعة (قوله لا بثوبه) لأن الثوب غير ملازم له فلا يفيد التعيين ط .

قلت : وهذا ذكره في النهر أخذاً من مفهوم قول القدوري بجسده (قوله ووافق) قيد به لأنه لو لم يوافق فلا ترجيح وهو ابنهما ، وكذا لو أصاب في البعض دون البعض أو وصفا ولم يصب واحد منهما ، أما لو أصاب أحدهما دون الآخر فهو لمن أصاب بحر من الظهيرية (قوله وسبقه) أي لو كانت دعوى أحدهما سابقة على الآخر

وسنه إن أرحا ، فإن أشبه فينبهما وإسلامه ولو ادعى أحدهما أنه ابنه والآخر أنه ابنته فإذا هو خنثى ، فلو مشكلا
قضى لهما وإلا فلن ادعى أنه ابنه ، ولو شهد للمسلم ذميان وللذمي مسلان قضى به للمسلم تنازعانية :

(و) يثبت نسبه (من ذى و) لحن (هو مسلم) استحسانا فينزع من يده قبيل عقل الأديان ما لم يبرهن
بمسلمين أنه ابنه فيكون كافرا نهر (إن لم يكن) أى يوجد (فى مكان أهل الذمة) كفرتهم أو يعة أو كنيسة والمسألة
رباعية ، لأنه إما أن يجده مسلم فى مكاننا فسلم ، أو كافر فى مكانهم فكافر ، أو كافر فى مكاننا أو عكسه فظاهر
الرواية اعتبار المكان لسبقه لاختيار (و) يثبت (من عبد وهو حر) وإن ادعى أنه ابنه من زوجته الأمة عند محمد
وكلام الزبلى ظاهر فى اختياره :

(ولو ادعاه حران أحدهما أنه ابنه من هذه الحرة والآخر من الأمة فالذى بدعيه من الحرة أولى)

كان ابنه ولو وصف الثانى علامة لثبوته فى وقت لا متنازع له فيه اه فتح . فلم أن المراد السبق فى الدعوى لاقى
وضع اليد ، لأن الكلام فى الخارجين فافهم (قوله وحريته) ذكره فى النهر بحثا (قوله وسنه إن أرحا ، فإن أشبه
فينبهما) هذا يوجد فى بعض النسخ : قال فى البحر : وفى الظهيرية : رجلان ادعياه وأرحت به كل منهما يقضى
لن يشهد له سن الصبي ، قلو السبق مشتبا فعلى قولهما يسقط اعتبار التاريخ ويقضى لهما . وعلى قوله ، فى رواية
كذلك ، وفى أخرى لأسبقهما تاريخا . وفى التنازعانية : يقضى به بينهما فى عامة الروايات ، وهو الصحيح اه
ملخصا وحيث كانت العلامة مرجحة فالظاهر اعتبارها هنا أيضا فيقضى به لذى العلامة . قال فى الفتح : وكألا
يرجع دعوى واحد من المدعين يكون ابنا لهما . وعند الشافعى يرجع إلى القافة (قوله قضى له) لأنه لم يظهر
ترجيح أحدهما على الآخر فاستويا ، كما لو وصف به وصفا ولم يصب واحد منهما كامر داهم (قوله وإلا فمن
ادعى أنه ابنه) مقتضاه ولو ظهر أنه أنثى ، وهو مخالف للمسائل المسارة ، ولذا قال المقدسى ينبئ أنه
لن وافق .

قلت : على أن الذى رآه فى التنازعانية : وإن لم يكن مشكلا وحكم بكونه ابنا فهو للذى يدعى أنه ابنه اه وهذا
لإشكال فيه ، والشاوخ تبع فى التعبير صاحب البحر ، وفيه اختصار غل (قوله قضى به للمسلم) لأن الذى يبرهن
شهادا على ذى والمسلمين على مسلم فصحت الشهادتان وترجع المسلم اه ح (قوله استحسانا) والقياس أن لا يثبت
نسبه لأن فيه نفي إسلامه الثابت بالدار . وجه الاستحسان أن دعواه تضمنت شيئين : النسب وهو نفع للصغير
ونفى الإسلام الثابت بالدار وهو ضرر به ، وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن
كافر ، بأن أسلمت أمه فصحبنا دعواه فيها ينفعه دون ما يضره فتح (قوله ما لم يبرهن) وذكر ابن سماعه عن
محمد : لو عليه زى أهل الشرك كصليب ونحوه فهو ابنه وهو نصرانى فتح (قوله بمسلمين) فلو أقام بيته من أهل
الذمة لا يكون ذميا ، لأننا حكمنا بإسلامه فلا يظن هذا الحكم بهذه البيعة لأنها شهادة قامت فى حق الدين على مسلم
فلا تقبل بمرعن الخانية (قوله أو عكسه) أى مسلم فى مكانهم (قوله فظاهر الرواية اعتبار المكان) أى فى الصورتين
وفى بعض نسخ المبسوط اعتبر الواجد ، وفى بعضها اعتبر الإسلام أى ما يصير به الولد مسلما نظرا له ، ولا ينبغى
أن يعدل عن ذلك . وقيل يعتبر بالسبا والزى فتح : وعلى ما رجحه فى الفتح يصير مسلما فى ثلاث صور ، وذميا
فى صورة واحدة وهى ما لو وجد ذى فى مكانهم وهو ظاهر الكفر وغيره . وقال فى البحر أيضا : ولا يعدل عنه
(قوله لسبقه) أى سبق المكان على يد الواجد (قوله وهو حر) أى إلا بمحجة رقه كما قدمه المصنف (قوله عند محمد)
وقال أبو يوسف : يكون عبدا لأنه يستحيل أن يكون الولد حرا بين رقيقين : فلنا : لا يستحيل لجوال عتقه قبل

لثبوتہ من الجانبین زبلی (وإن وجد معه مال فهو له) عملا بالظاهر ولو فوقه أو تحته أو دابة هو عليها ، لاما كان بقره (فيصرفه الواجد) أو غيره (إليه بأمر القاضي) في ظاهر الرواية لأنه مال ضائع ..

(ولو قرر القاضي ولاءه للملقط صح) ظهيرية لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه ، نعم له بعد بلوغه أن يوالى من شاء ما لم يعقل عنه بيت المال خاتية (ويدفعه في حرفة ويقبض هبته) وصدقته (وليس له ختته) فلو فعل فهاك ضمن ، ولو علم الختان أنه ملقط ضمن ذخيرة (وله نقله حيث شاء) وينبغي منعه من مصر إلى قرية بحر (ولا ينفذ للملقط عليه نكاح وبيع) وكذا (لإجارة) في الأصح ، لأن الولاية عليه في ماله ونفسه للسلطان ، لمحدث السلطان ولي من لاوى له .

الانفصال وبعده ، فلا تبطل الحرية بالشك زبلی وتماه في النهر (قوله لثبوتہ من الجانبین) فيه أن النسب يثبت من جانب الأم أيضا سواء كانت الأمة زوجة له أو مملوكة له ، فالمراد ثبوت أحكامه كما عجز به الزبلی : أى كالإرث وحق الحضانة ووجوب النفقة ونحو ذلك . وهذا يختص بالحرية فكانت هذه البيئة أكثر إثباتا (قوله عملا بالظاهر) أورد عليه أن الظاهر يصلح للدفع لا للإثبات . قلنا نعم يدفع بهذا الظاهر دعوى ملك غيره عنه ثم يثبت ملكه بقديم يده مع حريته المحكوم بها . أماده في الفتح (قوله ولو فوقه أو تحته) دخل فيه الدراهم الموضوعة عليه ، وينبغي أن تكون الدراهم التي فوق فراشه أو تحته له كلباسه ومهاده وذراره ، بخلاف المدفونة تحته ولم أره بحر (قوله أو دابة) بالنسب عطفًا على فوقه . أى ولو كان ذلك المال دابة هو عليها اهـ ح (قوله لاما كان بقره) في بعض النسخ لا مكان بقره ، وعليها كتب ح فقال الظاهر أنه سقط لفظ في الأصل لافي مكان بقره عطفًا على فرقه اهـ قال في النهر وبه عرف أن الدار التي هو فيها . وكذا البستان لا يكون له بالأولى اهـ وقد توقف فيه في البحر بعد أن نقل عن الشافعية أن الدار له وفي البستان وجهان (قوله لأنه مال ضائع) قال في الفتح : أى لاحتفاظ له ومالكه وإن كان معه فلا قدرة له على الحفظ ، وللقاضي ولاية صرف مثله إليه وكذا لغير الواجد بأمره ، والقول له في نفقة مثله وقيل له صرعه عليه بغير أمر القاضي (قوله ولو قرر القاضي ولاءه للملقط صح) أى بأن يقول له جعلت ولاء هذا اللقيط لك ترثه إذا مات وتعدل عنه إذا جنى (قوله لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه) فإن من العلماء من قال إن الملقط يشبه المعتق من حيث أنه أحياء كالمعتق ، فعلى هذا لا يكون مبرعا بالإتفاق بغير أمر القاضي إذا أشهد ليرجع كالوصى بحر من كتاب الاقطة ط (قوله نعم له الخ) ظاهره أن له ذلك ولو بعد ما قرر القاضي ولاءه للملقط ، والظاهر خلافه لأنه تأكيد بالقضاء ، وقد راجعت عبارة الخاتية فرأيت ذكر المسألة الثانية ولم يذكر مسألة تقرير القاضي (قوله ما لم يعقل عنه بيت المال) فإن جنى ثم عقل عنه فقرر إرثه له ، لأن الغنم بالغرم (قوله ويدفعه في حرفة) ينبغي أن يقال ما قبل في وصي اليتيم أنه يعلمه العلم أولا ، فإن لم يجد فيه قابلية سلمه لحرفة نهر (قوله ويقبض هبته وصدقته) أى ما وجه له الغير أو تصدق به عليه إذا كان فقيرا (قوله وليس له ختته) الظاهر أن هذا وبدون إذن السلطان أو نائبه ، ولو أذن صح لأن ولايته له كما يأتي ، ولذا كان أوصى اليتيم أن يخنثه (قوله ولو علم الختان الخ) نقله في البحر عن الذخيرة بقيل (قوله ولا ينفذ للملقط عليه نكاح) لأنه يعتمد الولاية من القرابة والملك والسلطنة ، ولا وجود لواحد منها نهر ، وقدم الشارح أن مهره في بيت المال إذا روجه السلطان (قوله وبيع) أى بيع ماله ، وكذا شراء شيء ليستحق الثمن دينًا عليه ، لأن الذي إليه ليس إلا الحفظ والصيانة ، وما من ضروريات ذلك اعتبارا بالألم فلانها لا يجوز لها ذلك مع أنها تملك تزويجه عند عدم العصبية وتماه في الفتح (قوله في الأصح) لأنه يملك إتلاف منافع ولا يملك تملكها فأضبه العلم ، بخلاف الأم لأنها تملك

[فروع] لو باع أو كفل أو دبر أو كاتب أو أعتق أو وهب أو تصدق وسلم ثم أقر أنه عبد لزيد لا يصدق في إبطال شيء من ذلك لأنه متهم ، وتماه في الخاتمة ؛ ومجهول نسب كلفيط .

كتاب اللقطة

(هى) بالفتح وتسكن : اسم وضع للمال الملتقط عني . وشرعا مال يوجد ضائعا ابن كمال . وفي التتارخانية

إتلاف منافع بالاستخدام والإعارة بلا عوض فبالعوض بالإجارة أولى فتح ، وقوله ولا يملك تملكها يشمل ما إذا أجره ليأخذ الأجرة لنفسه أو للقيط ، بل المتبادر الثاني لأن الأول معلوم من قوله لا يملك إتلاف ما وجبه . وعليه فيشكل قول القهستاني : لا يجوز أن يؤجره ليأخذ الأجرة لنفسه مع أنه خلاف إطلاق المتن . وعلى هذا فلا يصح أن يحمل مقابل الأصح من جوار إلجاده على ما إذا أجره ليأخذ الأجرة لنفسه توفيقا بين القولين فادع به (قوله لو باع الخ) أى اللقيط بعد بلوغه (قوله وسلم) قيد في وهب وتصديق لأن به يحصل المالك لسو حوب له والمصدق عليه (قوله لا يصدق في إبطال شيء من ذلك) مفهومه أنه يصدق في إقراره بالرق لزيد ، وهذا إذا كان زيد يديه وكان قبل أن يقضى عليه بما لا يقضى به إلا على الأحرار كالحد الكامل ونحوه ، فلو بعد انتصاه بنحو ذلك لا يقبل لأن فيه إبطال حكم الحاكم ولأنه مكذب شرعا فهو كما لو كذبه زيد ، وأو كانت البقصة امرأة لها زوج كانت أمة للمقر له ، ولا تصديق في إبطال النكاح ، ولو كان رجلا عليه مهر لزوجته لا يصدق في إبطائه لأنه دين ظهر وجوبه اه فتح ملخصا ، وتماه في البحر . وفيه عن التتارخانية ، إذا أقر أنه عبد لا يصدق عني إبطال شيء كان فعله إلا النكاح لأنه زعم أنه لم يصبح لعدم إذن من يزعم أنه مولاة فواخذ زعمه بخلاف المرأة لا يبطل نكاحها اه (قوله ومجهول نسب كلفيط) أى فيا ذكر من الإقرار لاني جميع أحكامه كالإختي ، وهذه المسألة ستأتي في آخر كتاب الإقرار بتفصيلها إن شاء الله تعالى والله سبحانه أعلم .

كتاب اللقطة

تقدم وجه تقديم اللقيط عليها : وقال في العناية : هما متقاربان لفظا ومعنى . وخص اللقيط بنى آدم والنقطة بغيرهم للتمييز بينهما ، وقدم الأول لشرف بنى آدم (قوله بالفتح) أى فتح القاف مع ضم اللام وبفتحهما كما في القاموس (قوله وتسكن) قال الأزهرى : الفتح قول جميع أهل اللغة وحذاق النحويين . وقال البيث : هى بالسكون ، ولم أسمع لغيره . ومنهم من يعد السكون من لحن العوام مصاح (قوله اسم وضع للمال الملتقط) فهو حقيقة لا مجاز ، وهذا هو المتبادر من كتب اللغة ، لكن اختار في الفتح أنها مجاز لأنها بالفتح وصف مباغة للفاعل كهزمة ولزعة لكثير الهمز واللام ، وبالسكون للمفعول كضحكة وهزاة لمن يضحك منه وهزأ به ، وإنما قيل للمال لقطة بالفتح ، لأن الطباع في الغالب تبادر إلى التقاطه لأنه مال فصار باعتبار أنه دأع إلى أخذه معنى فيه كأنه الكثير الالتقاط مجازا وإلا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط ، وماضى الأصمعي وابن الأعرابي أنه بالفتح اسم للمال أيضا محمول على هذا اه (قوله وشرعا مال يوجد ضائعا) الظاهر أنه مساو للمعنى اللغوي المذكور ، ومثله قول المصباح : الشيء الذى تجده ملق فتأخذه ، ويدل عليه أن ابن كمال لم يذكر المعنى اللغوي ، وهو ظاهر كلام الفتح أيضا . وعليه فلا يلزم من حقيقته عدم معرفة المالك ولا عدم الإباحة . أما الأول فلهذا إذا وجب رده إلى مالكه الذى صاع منه لا يخرج عن كونه لقطة . وأما كونها يجب تعريضها فذلك إذا لم يعرف مالكها ، وإذا يلزم اتحاد الحكم في جميع أفراد الحقيقة كالصلاة وغيرها وأما المباح كالساقط من حربى فكل ذلك ، ومثله

عن المضمرات : مال يوجد ولا يعرف مالكة ، وليس بمباح كمال الحرى . وفى المحيط (رفع شئ ضائع للحفظ على الغير لالتملك) وهذا يعلم ما علم مالكة كالواقع من السكران ، وفيه أنه أمانة لأقلقة لأنه لا يعرف بل يدفع لمالكه (ندب رفعها لصاحبها) إن أمن على نفسه تعريفها وإلا فالترك أولى : وفى البدائع وإن أخذها لنفسه حرم لأنها كالنصب (ووجب) أى فرض فتح وغيره (عند خوف ضياعها)

ما يلقط من الثمار كجوز ونحوه كما يأتى ، فهو يسمى لقطة شرعا ولغة وإن لم يجب تعريفه ولأوده إلى مالكة . وبه علم مغايرة هذا التعريف لما بعده ، ولا ضرر فى ذلك فافهم (قوله مال يوجد الخ) فخرج ما عرف مالكة فليس لقطة بدليل أنه لا يعرف بل يرد إليه . وبالأخير مال الحرى . لكن يرد عليه ما كان محرزا بمكان أو حافظ فيه داخل فى التعريف ، فالأولى أن يقال هو مال معصوم معرض للضياع بحر .

وأقول : الحرز بالمكان ونحوه خرج بقوله بوجود أى فى الأرض ضائعا ، إذ لا يقال فى المحرز ذلك . على أنه فى المحيط جعل عدم الإحراز من شرائطها وعرفها بما يأتى ، وهذا يفيد أن عدم معرفة المالك ليس شرطا فى مفهومها نهر (قوله رفع شئ الخ) هذا تعريف لها بالمعنى المصدرى : أعنى الالتقاط لأنه لأمرها ، وهذا يقع فى كلامهم كثيرا ، ومنه الأضحى فلأنها اسم لما يضحى به : وعرفوها شرعا باتباع حيوان مخصوص الخ وهذا تعريف يخرج ما كان مباحا (قوله لالتملك) الأولى لالتملك (قوله وفيه أنه أمانة لالقطة الخ) فيه نظر ، فإن اللقطة أيضا أمانة ، وعدم وجوب تعريفه لا يخرج عن كونه لقطة كما قدمنا لأنه وإن علم مالكة فهو مال ضائع : أى لأحافظ له نظير ما فى المال الذى يوجد مع القبط . وفى القاموس : ضاع الشئ صار مهملا ، ولهذا ذكر فى النهر أن هذا الفرع يدل على ما استفيد من هذا التعريف من أن عدم معرفة المالك ليس شرطا فى مفهومها (قوله ندب رفعها) وقيل الأفضل عدمه . والصحيح الأول ، وهو قول عامة العلماء خصوصا فى زماننا كما فى شرح الوهبانية :

قلت : ويمكن التوفيق بالأمن وعدمه (قوله إن أمن على نفسه تعريفها) أى عدم تعريفها كما لا يخفى اهـ
أى لأن الأمن مما يخاف منه والخوف عدم التعريف لالتعريف ، إلا أن يدعى تضمين أمن على نفسه معنى وثق منها تأمل (قوله وإلا) أى وإن لم يأمن بأن شك ، فلا ينافى ما فى البدائع لأنه فيما إذا أخذها لنفسه ، فإذا تبين من نفسه منعها من صاحبها فرض الترك ، وإذا شك ندب أفاده ط لكن إن أخذها لنفسه لم يبرأ من ضمانها إلا بردها إلى صاحبها كما فى الكافى (قوله لأنها كالنصب) أى حكما من جهة الحرمة والضمان ، وإلا فحقيقة الغصب رفع اليد المحقة ووضع المبطلة ، ولا يدع حقا هنا تأمل (قوله ووجب أى فرض) ظاهره أن المراد الفرض القطعى الذى يكفر منكروه ، وفيه نظر . على أنه فى الفتح لم يفسر الوجوب بالافتراض كما فعل الشارح ، بل قال وإن غاب على ظنه ذلك : أى ضياعها إن لم يأخذها فى الخلاصة بفترض الرفع اه تأمل (قوله ففتح وغيره) أى كاخلاصة والمجنبي ، لكن فى البدائع أن الشافعى قال إنه واجب وهو غير شديد ، لأن التركة ليس تضييعا بل امتناع عن حفظ غير ملتزم كالإمتناع عن قبول الدفعة اه وأشار فى الهداية إلى التبرى من الوجوب بقوله وهو واجب إذا خاف الضياع على ما قالوا بحر ملخصا ، وجزم فى النهر بأن ما فى البدائع شاذ وأن ما فى الخلاصة جرى عليه فى المحيط والتارخانية والاختيار وغيرها اه .

قلت : وكذا فى شرح الوهبانية تبعا للذخيرة (قوله عند خوف ضياعها) المراد بالخوف غلبة الظن كما قلناه

كما مر ، لأن مال المسلم حرمة كما لنفسه ، فلو تركها حتى ضاعت أمم ، وهل يضمن ؟ ظاهر كلام النهر لا ، وظاهر كلام المصنف نعم لما في الصيرفية : حار يأكل حظة إنسان فلم يمنعه حتى أكل : قال في البدائع : الصحيح أنه يضمن انتهى . وفي الفتح وغيره : لو ردها ثم ردها لمسكانها لم يضمن في ظاهر الرواية . وصح التقاط صبي وعبد ، لا يجنون ومدهوش ومعتوه وسكران لعدم الحفظ منهم

أنفا عن الفتح ، وهذا إذا أمن على نفسه وإلا فالترك أولى كما في البحر عن المحيط تأمل (قوله كآمر) أى في القبط من قوله التقاط فرض كفاية إذا غلب على ظنه هلاكه لو لم يرفعه ، ولو لم يعلم به غيره ففرض عين اهـ وينبغي هذا التفصيل هنا حوى (قوله فلو تركها) أى وقد أمن على نفسه وإلا فالترك أفضل ط (قوله ظاهر كلام النهر لا) الأولى أن يقول استظهر في النهر لا ، وأصله لصاحب البحر استدلالا بما في جامع الفصولين : لو افتتح رق فر به رجل فلو لم يأخذه برى ، ولو أخذه ثم ترك ضمن لو ماله كغالب لا لو حاضرا ، وكذا لو رأى ما وقع من كم رجل اهـ . فقوله وكذا يدل على أنه لا يضمن بترك أخذه ، لكنه يدل على أنه لو أخذه ثم تركه يضمن ، وهو خلاف ما يأتي فربما عن الفتح ، والفرق بينه وبين الزق أن الزق إذا افتتح ثم تركه بعد أخذه لابد من سيلان شيء منه فإهلاك فيه محقق . بخلاف الواقع من السكم لو تركه بعد أخذه لاحتمال أن يلتقطه أمين غيره .

[تنبيه] أفاد أنه لا يلزم من الإثم الضمان ، واستدل له في البحر بما قالوا لو منع المالك من أمواله حتى ماتت يأم ولا يضمن اهـ .

قلت : وكذا لو حل دابة مربوطة ولم يذهب بها فهربت أو فتحت باب قفص فيه طير أو دار فيها دواب فذهبت فلا يضمن ، بخلاف ما إذا حل حبلاعلق فيه شيء أو شق رقبا فيه زيت كما في كافى الحاكم لأن السقوط والسيلان محقق بنفس الحل والشق ، بخلاف ذهاب الدواب أو الطير فإنه بفعلها لا بنفس فتح الباب ، ومثله ترك اللقطة بعد أخذها فإن هلاكها ليس بالترك بل بفعل الأخذ بعده ، وكذا لو تركها قبل أخذها بالأولى . بخلاف ترك الزق المذبح بعد أخذه فإن سيلانه بتركه ، أما لو تركه قبل أخذه فإنه لا ينسب سيلانه إليه أصلا (قوله لما في الصيرفية الخ) ذكر الزاهدى هذا الفرع بلفظ ، رأى حماره . قال الخير الرمل : فلو الحار لغيره أفتيت بعدم الضمان اهـ ولا يخفى ظهور الفرق بين حماره وحمار غيره ، فإنه إذا كان الحمار له وتركه صار الفعل منسوباً إليه والنفع عائداً عليه ، بخلاف حمار غيره فإنه وإن كان الإتلاف محققاً وهو بشاهده لكنه لا ينفع به فهو كما لو رأى رقبا منفتحاً كما مر ، وإذا لم يضمن هنا لا يضمن بترك اللقطة بالأولى لعدم تحقق التلف به كما قلنا فافهم (قوله لم يضمن في ظاهر الرواية) هذا إذا أخذهها ليعرفها فلو ليأكلها لا يبرأ ما لم يردّها إلى ربها كما في [نور العين] عن الخانية . وقيدته بعض المشايخ بما إذا لم يذهب بها ، فلو بعده ففعل ما إذا ردها قبل أن يذهب بها أو بعده . قال في الفتح : وقيدته بعض المشايخ بما إذا لم يذهب بها ، فلو بعده ضمن ، وبعضهم ضمنه مطلقاً ، والوجه ظاهر المذهب اهـ وشمل أيضاً ما لو خاف بإعادتها الهلاك ، وهو مؤيد لما استظهره في النهر كما مر (قوله وصح التقاط صبي وعبد) أى ويكون التعريف إلى ولي الصبي كما في المجتبى . وينبغي أن يكون التعريف إلى مولى العبد كالصبي بجماع الحجر فيهما ، أما المأذون والمكاتب فالتعريف إليهما نهر . وصح أيضاً التقاط الكافر لقول الكافى : لو أقام مدعيها شهوداً كفراً على ملقط كافر قبلت اهـ . وعليه فثبت الأحكام من التعريف والتصدق بعده أو الانتفاع ، ولم أره صريحاً بحر (قوله لا يجنون الخ) مأخوذ من قوله في النهر ينبغي أن لا يتردد في اشتراط كونه عاقلاً صاحبياً فلا يصح التقاط المجنون الخ ، لكن الشارح زاد عليه المعتوه ، وقدّمنا أول باب المرتد أن حكمه حكم الصبي العاقل ، ومقتضاه صحة التقاطه تأمل . قال ط : وفائدة عدم صحة التقاط

(فإن أشهد عليه) بأنه أخذه ليرده على ربه ويكفيه أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على (وعرف) أي نادى عليها حيث وجدها وفي المجامع (إلى أن علم أن صاحبها لا يطلبها أو أنها نفس إن بقيت كالأطعمة) والثمار (كانت أمانة) لم تضمن بلا تعد فلو لم يشهد مع التمكن منه

المجنون ونحوه أنه بعد الإفاقة ليس له الأخذ من أخذها منه . ومفاد التعليق تقييد الصحة في الصبي بأقل اه (قوله فإن أشهد عليه) ظاهر الميسوط اشتراط العدلين فتح (قوله ويكفيه) أي في الإشهاد أن يقول الخ ، وكذا قوله عندى ضالة أو شيء فمن سمعتموه الخ ، ولا فرق بين كون اللقطة واحدة أو أكثر لأنها اسم جنس ، ولا يجب أن يعين ذهباً أو فضة خصوصاً في هذا الزمان فتح ، وقوله أو شيء يدل على أنه لا يشترط التصريح بكونه لقطة وبه صرح في البحر عن اللؤلؤ الجبة (قوله ينشد) في المصباح نشدت الضالة نشداً من باب قتل طلبتها : وكذا إذا عرفتها والاسم نشدة ونشدان بكسرهما وأنشدتها بالآلاف عرفتها (قوله وعرف) معطوف على أشهد ، فظاهره أن الإشهاد لا يكفي لنفي الضمان . وهكذا شرط في المحيط لنفي الضمان الإشهاد وإشاعة التعريف : وحكى فيه في الظهيرية اختلافاً . فقال الحلواني يكفي عن التعريف إشهاده عند الأخذ بأنه أخذه ليردها وهو المذكور في السير . ومنهم من قال يأتي على أبواب المساجد وينادي :

وحاصله أن الإشهاد لا بد منه على قول الإمام باتفاقهم ، والخلاف في أنه هل يكفي عن التعريف بعده أولاً ؟ ولم يقل أحد إن التعريف بعد الأخذ يكفي عن الإشهاد وقت الأخذ خلافاً لما فهمه في الفتح ، هذا حاصل ما في البحر والنهر (قوله أي نادى عليها الخ) أشار إلى أن المراد بالتعريف الجهر به كما في الخلاصة لا كما فعله بعضهم حيث دلى رأسه في بئر خارج مصر فنادى عليها فاتق أن صاحبها كان هناك فسمعه كما حكاه السرخسي ، ومر أن لقطة الصبي يعرفها وليه ، زاد في القنية أو وصيه ، وهل للملصق دفعها إلى غيره ليعرفها فقبل نعم إن عجز ، وقيل لا مالم يأذن القاضي بحر ملخصاً . وفي القهستاني : له دفعها لأمين ، وله استردادها منه ، وإن هلك في يده لم يضمن (قوله وفي المجامع) أي محلات الاجتماع كالأسواق وأبواب المساجد بحر ، وكبيوت القهوات في زماننا (قوله إلى أن علم أن صاحبها لا يطلبها) لم يجعل للتعريف مدة اتباعاً للسرخسي فإنه بنى الحكم على غالب الرأي ، فيعرف القليل والكثير إلى أن يغلب على رأيه أن صاحبه لا يطلبه ، ومصححه في الهداية ، وفي المصمرات والجوهرية ، وعليه الفتوى وهو خلاف ظاهر الرواية من التقدير بالحوال في القليل والكثير كما ذكره الإسيبجاني ، وعليه قيل يعرفها كل جمعة وقيل كل شهر ، وقيل كل سنة أشهر بحر .

قلت : والمتون على قول السرخسي ، والظاهر أنه رواية أو تخصيص لظاهر الرواية بالكثير تأمل . قال في الهداية فإن كانت شيئاً يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشر الرمان يكون للقائه إباحة ، حتى جاز الانتفاع به بلا تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه ، لأن التملك من المجهول لا يصح . وفي شرح السير الكبير : لو وجد مثل السوط والحبل فهو بمنزلة اللقطة ، وما جاء في الترخيص في السوط فذاك في المنكسر ونحوه مما لا قيمة له ولا يطلبه صاحبه بعد ما سقط منه وربما ألقاه مثل النوى وقشور الرمان وبعر الإبل وجلد الشاة الميتة . أما ما علم أن صاحبها يطلبه فهو بمنزلة اللقطة والدابة الصغفاء التي يعلم أن صاحبها تركها إذا أخذها إنسان فعليه ردها استحساناً ، لأن صاحبها إنما تركها عجزاً فلا يزول ملكه عنها بذلك ، والسوط إما ألقاه رغبة عنه لقدرته على حمله ، ولو ادعى على صاحب الدابة أنك قلت من أخذها فهي له فالقول لصاحبها بيمينه إلا إذا لكل أو برهن الأختل فهي له ، وإن لم يكن حاضراً حين هذه المقالة وبعد صحة اليمين إذا تمت الدابة في يده فليس للواهب الرجوع لأن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع اه ملخصاً (قوله كانت أمانة) جواب قوله فإن أشهد الخ (قوله مع التحكى منه) أي من الإشهاد ، أما لو لم يجد من يشهده عند الرفع

أولم يعرفها ضمن إن أنكر ربحا أخذه الرد وقبل الثاني قوله بيمينه وبه تأخذ حاوي ، وأقره المصنف وغيره (ولو من الحرم أو قليلة أو كثيرة) فلا فرق بين مكان ومكان ولقطة ولقطة (فيتنفع) الراعي (بها لوقتها وإلا تصدق بها على فقير ولو على أصله وفرعه وعمره ، إلا إذا عرف أنها لذى

أو خاف أنه لو أشهد عنده يأخذه منه الظالم فتركه لا يضمن بحر عن الخانية (قوله أولم يعرفها) سوى على ماسر من أن الإشهاد لا يكتفى عن التعريف (قوله إن أنكر ربحا) أما لو صدقه فلا ضمان إجماعا بحر (قوله وبه تأخذ الخ) وكذا ذكر الطحاوي كما في التهر عن الإتيان .

قال في البحر : وفي الولولاجية : محل الاختلاف فيها إذا اتفقا على كونها لقطة لكن اختلفا هل تنقطها للمالك أولا أما إذا اختلفا على كونها لقطة فقال المالك أخذتها غصبا وقال الملتقط لقطة وقد أخذتها لك فالملتقط صامن بالإجماع (قوله ولو من الحرم) لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «اعرف عفاصها أي وعاءها وكاءها أي رباطها» وعرفه سنة . وأما قوله عليه الصلاة والسلام في مكة «ولا تلح ساقطها إلا لئلا تشد» فقال في الفتح لا يعارضه . لأن معناه لا يلح إلا لمن يعرف ولا يلح لنفسه ، وتخصيص مكة حينئذ لدفع وهم سقوط التعريف بها بسبب أن الظاهر أن ما وجد بها من لقطة فالظاهر أنه للرباء وقد تفرقوا ، فلا يفيد التعريف فيسقط (قوله ولقطة ولقطة) أي لافرق بينهما . أي في وجوب أصل التعريف ليناسب قوله إلى أن علم أن صاحبها لا يطلبها فإنه يقتضي تعريف كل لقطة بما ياسب . بخلاف ما مر عن ظاهر الرواية من التعريف حولا للكل (قوله فيتنفع الراعي) أي من دفعها من الأرض : أي انقطعت وأتى بالفاء ، فدل على أنه إنما ينفع بها بعد الإشهاد والتعريف إلى أن غلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها ، والمراد جواز الانتفاع بها والتصدق ، وله إمساكها لصاحبها . وفي الخلاصة له بيعها أيضا وإمساك ثمنها ثم إذا حاربها ليس له نصيب البيع لو بأمر القاضي ، وإلا فلو قامة له بإبطاله ، وإن هلك ، فإن شاء ضمن البائع وعند ذلك ينفذ بيعه في ظاهر الرواية وله دفعها للقاضي فيتصدق بها أو يقرضها من ماله أو يدفعها مضاربة ، والظاهر أن له البيع أيضا . وفي الحاوي القدسي الدفع إلى القاضي أجود لفعل الأصلح . وفي المجتبى : التصديق بها في زماننا أولى ، وينبغي التفصيل بين من يرغب على الظن ورعه وعنده نهر ملخصا .

[تنبيه] ظاهر كلامهم متونا وشروحا أن حل الانتفاع للفقير بعد التعريف لا يتوقف على إذن القاضي ، وينالقه ما في الخانية من أنه لا يعمل ذلك للفقير بلا أمره عند عامة العلماء . وقال بشر يعل اه بحر ، ومثله في الشرنبلالية عن البرهان ، نعم في الهداية والعناية جواز الانتفاع للغني بإذن الإمام لأنه مجتهد فيه ، ويأتي قريبا عن النهر . وفي النهر : معنى الانتفاع بها صرفها إلى نفسه كما في الفتح ، وهذا لا يتحقق ما بقيت في يده لا تملكها كما توهمه في البحر لأنها باقية على ملك صاحبها ما لم يتصرف بها ، حتى لو كانت أقل من نصاب وعنده ما نصير به نصابا حال عليه الحول تحت يده لا يجب عليه زكاة اه :

قلت : مقتضاه أنها لو كانت ثوبا فليس له أن يملكها مع أنه يصدق عليه أنه صرفها إلى نفسه ، فمراد البحر التصرف بها على وجه التملك ، فلو دراهم يكون بإنفاقها وغيرها بحسبه ، فهو احتراز عن التصرف بطريق الإباحة على ملك صاحبها ، ولذا قال : وإنما فسرنا الانتفاع بالتملك لأنه ليس المراد الانتفاع بدونه كالإباحة ولذا ملك بيعها وصرف الثمن إلى نفسه كما في الخانية اه (قوله لو فقيرا) قيد به لأن الغني لا يعمل له الانتفاع بها إلا بطريق القرض ، لكن بإذن الإمام نهر (قوله على فقير) أي ولو ذنبا لاحتربا كما في شرح السير . قال في النهر : قالوا ولا يجوز على غني ولا على طفله الفقير وعبد ، ولو فعل ينبغي أن لا يتردد في ضمانه (قوله وفرعه) الضمير

فلانها توضع في بيت المال (تارخانية . وفي القنية : لو ربحى وجود المالك وجب الإيصاء (فلان جاء مالكمها) بعد التصديق (خير بين إجازة فعله ولو بعد هلاكها) وله ثوابها (أو تضمينه) والظاهر أنه ليس للوصى والآب إجازتها نهر . وفي الوهبانية : الصبي كبالغ فيضمن إن لم يشهد ، ثم لأبيه أو وصيه التصديق وضمانها في مالهما لآمال الصغير (ولو تصديق بأمر القاضي) في الأصح (كما) له أن (يضمن القاضي) أو الإمام (لو فعل ذلك) لأنه تصديق بمال الغير بشر إذنه ذريعة (أو) يضمن (المسكين وأبهما ضمن لا يرجع به على صاحبه) ولو العين قائمة أخذها من الفقير (ولا شيء للملتقط) لآل أو بهيمة أو ضال (من الجمل أصلا) إلا بالشرط كن رده فله كذا فله أجر مثله تارخانية كإجازة فاسدة :

عائد إلى الغنى المفهوم من قوله ولا تصديق بها ، فلا بد أن يراد بفرضه الكبير الفقير ، لما علمت من أنه لا يجوز على طفل الغنى ولو فقيرا (قوله توضع في بيت المال) للتوابع بحرط (قوله وفي القنية الخ) عبارتها : وما يتصدق به الملتقط بعد التعريف وغلبة ظنه أنه لا يوجد صاحبه لا يجب إيصاؤه ، وإن كان يرجو وجود المالك وجب الإيصاء اهـ والمراد الإيصاء بقضائها إذا ظهر صاحبها ولم يجوز تصديق الملتقط لا الإيصاء بعينها قبل التصديق بها لكنه ماهرم بالأولى فلذا عم الشارح . وفي النهر : ثم إذا أمسكها وحضرته الوفاة أوصى بها ثم الورثة يعرفونها . قال في الفتح : ومقتضى انظر أنهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها أنهم يضمنون لأنهم وضعوا أيديهم على النقطة ولم يشهدوا أى لم يعرفوا . قال في البحر : وقد يقال إن التعريف عليهم غير واجب حيث عرفها الملتقط اهـ .

قلت : الظاهر أن كلام الفتح فيها إذا لم يشهد الملتقط ولم يعرفها بناء على ما قدمناه عنه من أن الشرط التعريف قبل هلاكها لا الإشهاد وقت الأخذ ، وتقدم ما فيه (قوله بعد التصديق) أراد به ما يشمل انتفاع الملتقط بها إذا كان فقيرا كما في البحر (قوله أو تضمينه) فيملكها الملتقط من وقت الأخذ ويكون الثواب له خانية (قوله إجازتها) الأولى إجازته أى إجازة فعل الملتقط (قوله الصبي كبالغ) أى في اشتراط الإشهاد . قال في البحر : وفي القنية : وجد الصبي لقطة ولم يشهد يضمن كالبالغ اهـ .

قلت : والمراد ما يشمل إشهاد وليه أو وصيه (قوله ثم لأبيه أو وصيه التصديق) أى بعد الإشهاد والتعريف كما في القنية . قال في البحر : وكذا له تملكها للصبي أو فقيرا بالأولى (قوله وضمانها في مالهما) كذا بحثه في شرح منظومة ابن وهبان للمصنف حيث قال : ينبغي على قول أصحابنا إذا تصديق بها الآب أو الوصى ثم ظهر صاحبها وضمنها أن يكون الضمان في مالهما دون الصبي اهـ :

قلت : قد يؤيد بحثه بما يأتي من أن الملتقط تضمين القاضي تأمل . وبه يندفع بحث البحر بأن في تصديقها بها إضرارا بالصغير إذا حضر المالك والعين هالكة من يد الفقير (قوله ولو تصديق بأمر القاضي) مرتبط بقوله أو تضمينه لأن أمر القاضي لا يزيد على تصديقه بنفسه (قوله وأبهما ضمن لا يرجع به على صاحبه) فلان ضمن الملتقط ملكها الملتقط من وقت الأخذ ويكون الثواب له خانية . وبه علم أن الثواب موقوف بحر (قوله أو ضال) الضال : هو الإنسان ، والضالة الحيوان الضائع من ذكر أو أنثى ، ويقال لغير الحيوان ضائع ولقطة مصباح : فلم أن الضالة بالقاء تشمل الإنسان الضائع وغيره من الحيوان ، ويدون تاه خاص بالإنسان ، وهو المناسب هنا لعطفه على البهيمة (قوله أصلا) أى سواء التقطه من مكان قريب أو بعيد ، بخلاف الآبق كما يأتي : وفي كافي الحاكم : وإن عوضه شيئا فحسن (قوله فله أجر مثله) فله في المحيط بأنها إجازة فاسدة :

(وندب التقاط الہیمة الضالة وتعریفها مالم یخف ضیاعها) فیجب ، وكره لو معها ماتدفع به عن نفسها كقرون البقر وكدم لأیل تارخانیة (ولو) كان الالتقاط (فی الصحراء) إن ظن أنها ضالة حاوی (وهو فی الإنفاق علی اللقیط والمقطعة متبرع) لقصور ولايته . (إلا إذا قال له قاض أنفق لترجع) فاولم يذكر الرجوع لم یكن دینا فی الأصح (أو یصدقه اللقیط بعد بلوغه) كذا فی المجمع أی یصدقه علی أن القاضی قال له ذلك لاما زعمه ابن الملك نهر ، والمديون رب المقطعة وأبو اللقیط

واعترضه فی البحر بأنه لإجارة أصلا لعدم من یقبل . وأجاب المقدسی بحمله علی أنه قال ذلك لجمع حضر .

قلت : یؤيده ما فی إجازات الولوالجية : ضاع له شیء فقال من دلتی علیه فله كذا فالإجارة باطلة ، لأن المستأجر له غیر معلوم والدلالة لیست بعمل یستحق به الأجر فلا یجب الأجر ، وإن خصص بأن قال لرجل بعینه إن دلتی علیه فلك كذا ، إن مشی له ودله یجب أجر المثل فی المشی لأن ذلك عمل یستحق بعقد الإجارة إلا أنه غیر مقدر بقدر فیجب أجر المثل ، وإن دله بلا مشی فهو الأول سواء اه . وبه ظهر أنه هنا إن خصص بالإجارة فاسدة لكون مكان الرد غیر مقدر فیجب أجر المثل ، وإن عم فباطلة ولأجر ، فقوله كإجارة فاسدة الأولى ذكره بصیغة التعلیل كما فعل فی المحیط (قوله وندب التقاط الہیمة الخ) وقال الأئمة الثلاثة : إذا وجد البقر والبعر فی الصحراء فاترك أفضل لأن الأصل فی أخذ مال الغیر الحرمة وإباحة الالتقاط غنایة الضیاع ، وإذا كان معها ماتدفع به عن نفسها كالقرون مع القوة فی البقر والرفس مع الكدم فی البعیر والفرس بفعل ظن ضیاعها ولكنه یتوهم .

ولنا أنها لقطعة یتوهم ضیاعها فیستحب أخذها وتعریفها صيانة لأموال الناس كالكاشة ، وقوله علیه الصلاة والسلام فی ضالة الإبل ، مالك ولها ؟ معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر ، فذرها حتى یجد هاربها . أجاب عنه فی المبسوط بأنه كان إذ ذاك لغلبة أهل الصلاح والأمانة ، وأما فی زماننا فلا یأمن وصول يد خائنة إليها بعده ، ففی أخذها إحیاءها وحفظها فهو أولى ، ومقتضاه إن غلب علی ظنه ذلك أن یجب الالتقاط وهذا حق ، فلما نقطع بأن مقصود الشارع وصولها إلى ربها ، فإذا تغير الزمان وصار طریق التلف فحكمة عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ ، وتماه فی الفتح (قوله وكره الخ) قال فی البحر : وبه علم أن التقاط الہیمة علی ثلاثة أوجه ، لكن ظاهر الهدایة أن صورة الكراهة إنما هی عند الشافعی لاعتدائها .

قلت : وهو أيضا ظاهر ما قدمناه آنفا عن الفتح (قوله وكدم) بفتح الكاف وسكون الدال فعله من باب ضرب وقتل وهو العض بأدنی القم (قوله إن ظن أنها ضالة) أی غلب علی ظنه بأن كانت فی موضع لم یكن یقر به بیت مدر أو شعر أو قافلة نازلة أو دواب فی مراعیها یجر عن الحاوی (قوله إلا إذا قال له قاض الخ) أی بعد إقامة البينة من الملقط كما شرطه فی الأصل ومصححه فی الهدایة ، لاحتمال أن یكون غضبا فی يده ، والبينة لكشف الحال لا للقضاء فلا یشرط لها خصم ، وصرح فی الظهيرية بأن الملقط كذلك ، وإن قال لا بينة لی یقول له بین یدى ثقات أنفق علیها إن كنت صادقا ، وقدمنا أن القاضی لو جعل ولاه اللقیط للملقط جاز لأنه قضاء فی فصل مجتهد فی فعله لا یكون متبرعا بالإنفاق بلا أمره إذا أشهد لیرجع كالوصی بجر ملخصا (قوله لم یكن دینا فی الأصح) لأن الأمر متردد بین الحسبة والرجوع ، فلا یكون دینا بالشك بجر (قوله لاما زعمه ابن الملك) من أنه إذا لم يأمره بالإنفاق فادعاه بعد بلوغه وصدقه اللقیط رجح علیه ح (قوله نهر) أصله للبحر (قوله والمديون) أی الذی یثبت

أو سيده أو هو بعد بلوغه (وإن كان لما نفع أجرها) بإذن الحاكم (وأنفق عليها) منه كالتضال ، بخلاف الآبق ، وسيجيء في بابہ (وإن لم يكن باعها) القاضي وحفظ ثمنها ، ولو الإنفاق أصلح أمر به لأن ولايته نظرية اختيار ، فلم لم يكن ثمة نظر لم يتخذ أمره به فتح بحثا .

(وله منعها من ربه) ليأخذ النفقة (فإن هلك بعد حبه سقطت ، وقبله لا (ولا يدفعها إلى مدعيها) جبرا عليه (بلا بينة . فإن بين علامة حل الدفع) بلا جبر (وكذا) يحل (إن صدقه مطاقا) بين أولا ، وله أشد كنفيل إلا مع البينة في الأصح نهاية .

للملتقط الرجوع عليه بما أنفقه بقول القاضي أنفق لترجع (قوله أو سيده) أي إن ظهر له سيد بإقراره بحر (قوله) أو هو بعد بلوغه (ولو مات صغيرا يرجع على بيت المال كما في القهستاني عن النظم (قوله) وإن كان لما نفع) بأن كنت بهيمة يحل عليها كالخمار والبلع (قوله بإذن الحاكم) الذي في الملتقى وغيره أنه يؤجرها القاضي ، لكن لا يخفى أن إدته كصعله (قوله منه) أي من بدل الإجارة (قوله كالتضال) أي العبد الذي ضل عن سيده (قوله بخلاف الآبق) فإنه لا يؤجره القاضي لأنه يخاف عليه أن يأتى ، وكذا في التبيين ، وسوى بينهما في الهداية بقوله كذلك يفعل بالعبد الآبق بحر ، ووفق المقدسي في شرحه بعمل مافي الهداية على ما إذا كان معه علامة تمنع من الإيق كالرابة ، ونقل الشرنبلالي عنه وجه آخر ، وهو حمله على ما إذا كان المستأجر ذا قوة ومنعة لا يخاف عليه أو على الإيقار مع إعلام المستأجر عداله يحفظ غاية الحفظ اه . قال في البحر : ولم أر حكم القبط إذا صار ميمزاولا مال له هل يؤجره القاضي للنفقة أولا (قوله ولو الإنفاق أصلح الخ) قالوا إنما يأمر بالإيق يومين أو ثلاثة على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالهما ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها لأن دائرة النفقة مستأصلة فلا نظر في الإنفاق مدة مديدة هداية (قوله وله منعها من ربه) ليأخذ النفقة (فإن لم يعطه باعها القاضي وأعطى نفقته ورد عليه الباقي ، ولا فرق بين أن يكون الملتقط أنفق من ماله أو استحل بأمر القاضي ليرجع على صاحبها كما في الحاوى ، وقد صرحوا في نفقة الزوجة المستدانة بإذن القاضي أن المرأة تضمن من الحوالة عليه بغير رضاه ، وقياسه هنا كذلك بحر (قوله) فإن هلك بعد حبه) أي مع الملتقط اللقطة عن صاحبها سقطت النفقة لأنها تصير كالرهن . قال في التهر : ولم يحل المصنف في الكافي تبعا لصاحب الهداية فيه خلافا فيهم أنه المذهب ، وجعله القدوري في تقريره قول زفر : وعد أصحابنا لا يسقط لو هلك بعده ، وعزاه في التبايع إلى علمائنا الثلاثة اه :

قلت : وظاهر المتح اعتماد ما ذكره القدوري ، فإنه قال إنه المنقول ، وكذا نقل في الشرنبلالية عن خط العلامة قاسم أن مافي الهداية ليس بمذهب لأحد من علمائنا الثلاثة ، وإنما هو قول زفر ولايساعده الوجه ، ثم نقل عن المقدسي أنه يمكن أن يكون من علمائنا فيه روايتان ، أو اختار في الهداية قول زفر فمأله اه وعلى مافي الهداية جرى في الملتقى والدرر والنفاية وغيرها (قوله جبرا عليه) أفاد أن المراد بعدم الدفع عدم لزومه كما في البحر (قوله) بلا بينة (أراد بها القضاء بها بحر (قوله فإن بين علامة) أي مع المطابقة ، ومر في القبط أن الإصابة في بعض العلامات لا تكفى . وظاهر قول التارخانية أصاب في علامات اللقطة كلها أنه شرط ، ولم أر مالم يبين كل من المدعين وأصاها ، وينبغي حل الدفع لهما بحر (قوله بين أولا) لكن هل يجبر : قبل نعم كما لو رهن ، وقيل لا كالوكيل يقبض الوديعة إذا صدقه المودع . ودفع الفرق بأن المالك هنا غير ظاهر والمودع في مسألة الوديعة ظاهر فتح . [لمعة] دفع بالتصديق أو بالعلامة وأقام آخر بينة أنهاله ، فإن قائمة أخذها ، وإن هالكة ضمن أبها شاء ، فإن ضمن القابض لا يرجع على أحد أو للملتقط فكذلك في رواية وفي أخرى يرجع وهو الصحيح ، لأنه وإن صدقه

(التقط لقطه فضاغت منه ثم وجدها في يد غيره فلا خصومة بينهما بخلاف الودية) مجتبی و نوازل . نكن في السراج الصحيح أن له الخصومة لأن يده أحق .
(عليه ديون ومظالم جهل أربابها وأيسر) من عليه ذلك (من معرفتهم فعليه التصديق بقدرها من ماله وإن استغرقت جميع ماله) هذا مذهب أصحابنا لا تعلم بينهم خلافا كمن في يده عروض لا يعلم مستحقها اعتبارا للديون بالأعيان (و متى فعل ذلك سقط عنه المطالبة) من أصحاب الديون (في الهقبى) مجتبی . وفي العمداء : وجد لقطه وعرفها ولم ير ربا فانتفع بها لفرقه ثم أيسر يجب عليه أن يتصدق بمثله .
(مات في البادية جاز لرفيقه بيع متاعه ومركبه وحمل ثمنه إلى أهله .

إلا أنه بالفضل عليه صار مكذبا شرعا فبطل إقراره نهر عن الفتح (قوله لأن يده أحق) لعل وجهه كونها أسبق وأن له حق تملكها بعد التمريض لو فقيرا ، ويفهم منه بالأولى أنه لو انتزعها من يده آخر له أخذها منه كما قالوا في القبط ، وهو خلاف مافي الولوالجية حيث سوى بين مستأق الضياع والانتزاع في أنه لا خصومة له ، ولا ينجى أن مافي السراج يشملها (قوله جهل أربابها) يشمل ورثتهم ، فالعلمهم لزومه الدفع إليهم لأن الدين صار حقهم . وفي الفصول العلامية : من له على آخر دين فطلبه ولم يعطه فأتى رب الدين لم يبق له خصومة في الآخرة عند أكثر المشايخ لأنها بسبب الدين وقد انتقل إلى الورثة . واختار أن الخصومة في الظلم بالمنع للميت ، وفي لدين مورث ، قال محمد بن الفضل : من تناول مال غيره بغير إذنه ثم رد البديل على وارثه بعد موته يرى عن لدين وفي حق الميت لظلمه إياه ، ولا يبرأ عنه إلا بالتوبة والاستغفار والدعاء له اه (قوله فعليه التصديق بقدرها من ماله) أن الخاص به أو المتحصل من المظالم اه ط وهذا إن كان له مال . وفي الفصول العلامية : لو لم يقصر على الأداء لفرقه أو لنسيانه أو لعدم قدرته قال شداد والناطقي رحمهما الله تعالى : لا يؤاخذ به في الآخرة إذا كنت الدين ثمن مشع أو قرضا ، وإن كان غصبا يؤاخذ به في الآخرة ، وإن نسي غصبه ، وإن علم الوارث دين مورثه وأيسر غصب أو غيره فعليه أن يقضيه من التركة ، وإن لم يقض فهو مؤاخذ به في الآخرة ، وإن لم يجد المديون ولا وارثه صاحب الدين ولا وارثه فتصدق المديون أو وارثه عن صاحب الدين يرى في الآخرة :

مطلب فيمن عليه ديون ومظالم جهل أربابها

(قوله كمن في يده عروض لا يعلم مستحقها) يشمل ما إذا كانت لقطه علم حكمها ، وإن كانت غيرها فالظاهر وجوب التصديق بأعيانها أيضا (قوله سقط عنه المطالبة الخ) كأنه والله تعالى أعلم لأنه بمنزلة المال الضائع والفقراء مصرفه عند جهل أربابها ، وبالتوبة يسقط إثم الإقدام على الظلم ط (قوله يجب عليه أن يتصدق بمثله) المختار أنه لا يلزمه ذلك في القهستاني عن الظهيرية ، وكذا في البحر والنهر عن الولوالجية .

مطلب فيمن مات في سفره فباع رفيقه متاعه

(قوله جاز لرفيقه الخ) الظاهر أنه احتراز عن الأجنبي ، إذ الرقيق في السفر مأذون بذلك دلالة ، كما قالوا في جواز إجرامه من رفيقه إذا أغنى عليه ، وكذا إنفاقه عليه . وهذه المسألة وقعت لحمد رحمه الله تعالى في سفره ، مات بعض أصحابه فباع كسبه وأمتعته ، فقيل له : كيف تفعل ذلك ولست بقاض ، فقال - والله يعلم المقصد من المصلح - يعني أن ذلك من المصلح المأذون فيه عادة ، فإنه لو حمل متاعه إلى أهله يحتاج إلى نفقة ربما استغرقت المتاع ، لكن للورثة الخيار . ففى أدب الأوصياء عن المحيط عن المتقى : مات في السفر فباع رفيقه تركته وهم

حطب وجد في الماء ، إن له قيمة فلقطة (ولأفحلال لآخذہ) كسائر المباحات الأصلية دور : وفي الحواوي : غريب مات في بيت إنسان ولم يعرف وارثه فتركته كاللقطة ، مالم يكن كثيراً فلبيت المال بعد الفحص عن ورثته سنتين ، فإن لم يجدهم فله لو مصرفاً .

(محضنة) أى برج (حام اختلط بها أهلى لغيره لا ينبئى له أن يأخذہ ، وإن أخذہ طالب صاحبه ليرده عليه) لأنه كاللقطة (وإن فرخ عنده ، فإن) كانت (الأم غريبة لا يتعرض لفرخها) لأنه ملك الغير (وإن الأم لصاحب المحضنة والغريب ذكر فالفرخ له) وإن لم يعلم أن يرجه غريباً لاشئ عليه إن شاء الله .

قلت : وإذا لم يملك الفرخ ، فإن فقيراً أكله ، وإن غنياً تصدق به ثم اشتراه ، وهكذا كان يفعل الإمام الخواص طهرية . وفي الوهبانية : مر بثمار تحت أشجار في غير أمصار لأبأس بالتناول مالم يعلم النهى صريحاً أو دلالة ، وعليه الاعتدال :

في موضع ليس فيه قاض . قال محمد : جاز بيعهم وللمشتري الانتفاع بما اشتراه منهم ، ثم إذا جاء الوارث إن شاء أجاز البيع وإن شاء أخذ ما وجدته من المتاع وضمن مالم يجد كاللقطة إذا جاء صاحبها بأخذها ، فإن لم يجد فله أن يضمن الذي أصابها وله أن يميز التصديق اهـ :

مطلب فيمن وجد حطباً في نهر أو وجد جوزاً أو كثرى

(قوله إن له قيمة فلقطة) وقيل إنه كالنضاح الذي يجده في الماء . وذكر في شرح الوهبانية ضابطاً ، وهو أن الما ليسع إليه الفساد ولا يعتاد رمية كحطب وخشب فهو لقطة إن كانت له قيمة ولو جمعه من أماكن متفرقة في الصحيح ، كما لو وجد جوزة ثم أخرى وهكذا حتى بلغ ماله قيمة ، بخلاف نضاح أو كثرى في نهر جار فإنه يجوز أخذه وإن كثر لأنه مما يفسد لو ترك ، وبخلاف الثوى إذا وجد مفترقا وله قيمة فيجوز أخذه لأنه مما يرى عادة فيصير بمنزلة المباح ولا كذلك الجوز ، حتى لو تركه صاحبه تحت الأشجار فهو بمنزلة (قوله مالم يكن كثيراً) ذكر المصمير على تأويل التركة بالمتروك ، والظاهر أن المراد بالكثير ما زاد على خمسة دراهم لما في البحر عن الخلاصة والروا الجنية . مات غريب في دار رجل ومعه قدر خمسة دراهم فله أن يتصدق على نفسه إن كان فقيراً كاللقطة وفي الخانية ليس له ذلك لأنه ليس كاللقطة . قال في البحر والأول أثبت وصرح به في المحيط (قوله فإن لم يجدهم فله لو مصرفاً) هذا ذكره في النهر وهو زائد على ما نقله في البحر عن الحواوي القديمة ، وقد راجعت الحواوي فلم أجده فيه أيضاً (قوله محضنة) بالخاء المهملة والضاد المعجمة في المصباح : حضن الطائر يبيضه إذا جثم عليه (قوله أى برج) في المصباح : برج الحمام مأواه (قوله اختلط بها أهلى لغيره) المراد بالأهلى ما كان مملوكاً (قوله لا ينبئى له أن يأخذہ) لأنه وما يطير فيذهب إلى محله الأصل ، فلا ينافي ما مر أن اللقطة يندب أخذها أفاده ط (قوله لأنه ملك الغير) لأن ولد الحيوان يتبع أمه (قوله وإذا لم يملك الفرخ) أى ولم يعلم مالكة (قوله وفي الوهبانية (الخ) نقل بالمعنى ، وترك بما في الوهبانية قيد كون الثمار مالا يبقئ ، وكون ذلك في بستان احتراز عن القرى والسواد :

وحاصل ما في شرحها عن الخانية وغيرها أن الثمار إذا كانت ساقطة تحت الأشجار ، ولو في المصر لا يأخذ شيئاً منها مالم يعلم أن صاحبها أباح ذلك نصاً أو دلالة لأنه في المصر لا يكون مباحاً عادة ، وإن كان في البستان ، فلو الثمار مما يبقئ ولا يفسد كالجوز واللوز لا يأخذہ مالم يعلم الإذن ، ولو مما لا يبقئ ، فقليل كذلك ، والمعتد أنه لأبأس به إذا لم يعلم النهى صريحاً أو دلالة أو عادة ، وإن كان في السواد والقرى ، فلو الثمار مما يبقئ لا يأخذ مالم يعلم الإذن

وفيها : أخذك نفاعا من التمر جاريا يجوز وكثرى وفي الجوز ينكر

ولو مما لا يبقى انفقوا على أن له الأخذ ما لم يعلم التمر على الشجر فالأفضل أن لا يؤخذ ما لم يؤذن له ، إلا في موضع كثير الثمار يعلم أنهم لا يشحون بمثل ذلك فله الأمثل دون الحمل (قوله وفي الجوز ينكر) لأنه مما يبقى ولا يرى عادة ، بخلاف التفاح والكثرى ، لأنه لو ترك يفسد ، وبخلاف النوى لأنه مما يرى كما مر بيانه في مسألة الحطب .

مطلب ألقى شيئا وقال من أخذه فهو له

[فروع] ألقى شيئا وقال من أخذه فهو له فلن سمعه أو بلغه ذلك القول أن يأخذه وإلا لم يسكه لأنه أخذه إعانة لمالكه ليرده عليه ، بخلاف الأول لأنه أخذه على وجه الهبة وقد تمت بالتقبض ولا يقال : إنه إيجاب فهو له فلا يصح هبة . لأننا نقول : هذه جهالة لانقضى إلى المنازعة والمالك يثبت عند الأخذ . وعدد هو متعين معلوم ، أصه « أنه عليه الصلاة والسلام قرب بدنان ثم قال من شاء اقتطع .

مطلب له الأخذ من نثار السكر في العرس

ويقرر أنه مجرد الإلقاء من غير كلام يفيد هذا الحكم كنثر السكر والدراهم في العرس وغيره . ومن أحده . ملكه ، لأن الحال دليل على الإذن ، وعلى هذا لو وضع الماء والجمد على بابيه بإباح الشرب . لم يربيه من عنى وقبض . وكذا إذا غرس شجرة في موضع لا ملك فيه لأحد وأباح للناس ثمارها ، وكل ذلك مأخوذ من الحديث « ملخصا من شرح السير الكبير .

مطلب من وجد دراهم في الجدار أو استيقظ وفي يده صرة

وفي النارخانية من اليتامى اشترى دارا فوجد في بعض الجدار دراهم قال أو بكر : هم كلفضة . فإن لفته وإن ادعاه البائع رد عليه وإن قال ليست لي فهي لقطه اه . وفيها سأل رجل عطاء رحمه الله تعالى عن ربات في المسجد فاستيقظ وفي يده صرة دابير ؟ قال : إن لدى صرة في يدك لا يريد إلا أن يجمعها لك . وفي البحر : وجد في البادية بعيرا مذبحا قريب الماء لا بأس بالأكل منه إن وقع في قلبه أن مالكه أباحه .

مطلب أخذ صوف ميتة أو جلدها

وعن الثالث : طرح ميتة فأخذ آخر صوفها له الانتفاع به وللمالك أخذه . ولو سلخ الجلد ودبغه للمالك أن يأخذه ويرد عليه ما زاد الدبغ فيه . وفي الخنازية : وضعت ملاءها ووضعت الأخرى . الملاء ثم أخذت الأولى ملاء الثانية لا ينبغي للثانية الانتفاع بملاء الأولى ، فإن أرادت ذلك قالوا بذني أن تتصدق بها على بنتها الفقيرة بنية كون الثواب لصاحبها إن رضيت ثم تستوهب الملاء من البنت لأنها عملة اللقطة .

مطلب سرق مكعبه ووحد مثله أو دونه

وكذلك الجواب في المكعب إذا سرق اه وقبده بعضهم بأن يكون المكعب الثاني كالأول أو أحود ، فلو دونه له

کتاب الآبق

ماسبته عرضية الطلف والزوال : والإباق : انطلاق الرقيق تمردا ، كذا عرفه ابن السكال لبداخل الحارب من مؤجره ومستعيره ومودعه ووصيه .

الانقطاع به بدون هذا التكلف لأن أخذ الأجود وترك الأدون دليل الرضا بالانقطاع به ، كذا في الظهيرية ، وفيه مخالفة للنقطة من جهة جواز التصديق قبل التعريف وكأنه للضرورة اهـ ملخصا .

قوت : ما ذكر من التفصيل بين الأدون وغيره بما يظهر في المكعب المسروق . وعليه لا يحتاج إلى تعريف لأن صاحب الأدون معرض عنه قصدا فهو بمنزلة الدابة المهزولة التي تركها صاحبها عمدا بل بمنزلة إلقاء النوى وقشور الرمان . أما لو أخذ مكعب غيره وترك مكعبه غلطا لطاعة أو نحوها ويعلم ذلك بالقرآن فهو في حكم النقطة لا . من أسؤال عن صاحبه فلا فرق بين أحوذ وأدون ، وكذا لو اشتبه كونه غلطا أو عمدا لعدم دليل الإعراض ، هذا ما ظهر لي فأنمله .

[فائدة] (١) ذكر ابن حجر في حاشية الإيضاح عن بعض الصوفية قدس الله تعالى أسرارهم مانعه إذضاع مدح شيء . قال : ياجع الناس اليوم لأرب فيه إن الله لا يخاف الميعاد ، أجمع بيني وبين كذا ويسميه باسمه فإنه مجرب . قال النووي : وقد حوته فوجدته نافعا لوجود الصالة عن قرب غالبا . ونقل عن بعض مشايخه مثل ذلك اهـ . والله سبحانه أعلم

كتاب الآبق

سم فاعل . من أبق كضرب وبيع ومع قاموس . والأكثر الأول مصباح . ومصدره أبق وبحرك وإباق ككتاب وجمعه ككفدر ورك قاموس (قوله ماسبته) أي مناسبة الآبق للقيط والنقطة . عرضية التالف : أي الملاك والزوال أي زوال يد المالك . أي توقع عروض الأمرين أو أحدهما في الثلاثة . وهو وجه ذكرها عقب الجهاد ، فإن الأنفس والأموال فيه على شرف الزوال كما مر :

واعترض في الفتح بأن عرضية ذلك في الآبق بفعل فاعل مختار : فالأولى ذكره عقب الجهاد . وأجاب في البحر أن خوف التنف من حيث الذات في القبط أكثر من النقطة فذكر عقبه . وأما التالف في الآبق فن حيث الانقطاع لم يلب لأن حيث الذات لأنه لو لم يعد إلى مولاه لا يموت : بخلاف القبط فإنه لصاحبه إن لم يرفع يموت فالأنسب ترتيب المشايخ (قوله والإباق انطلاق الرقيق تمردا) وهو في اللغة الحرب كما في المغرب . والفرد : الخروج عن الطاعة احتجز به عن الضال : وهو المصالح الذي ضل عن الطريق إلى منزل سيده بلا قصد (قوله من مؤجره) بفتح الجيم اهـ أي مستأجره . ولو عبر لكان أولى ط (قوله ومودعه) بفتح الدال اهـ ح (قوله ووصيه) أي الوصي عليه بأن مات سيده عن أولاد صغار وأقام هو أو ألقاض عليهم وصيا ، فإن العبد يكون داخل تحت وصايته

(١) قرر في بادئ أن الإنسان إذا صاح له في . وأراد أن يرد الله . جهده عليه . فليت على مكان حال مستقبل لفظة . وفي اللغة يهدى ثواب الدين من الله عليه . سلم . ثم يهدى ثواب ذلك ليعي أحد من عنوان ويتولى : يابسه أحد . يا ابن عنوان إن . ترد على سابق وإلا رمتك من ذواب الأولياء فإن الله تعالى يرد على ميثاق ذلك صلبه . كذا أجهر . مع . يرد . كذا في حاشية شرح المحج الماورى رحمه الله اهـ

(أخذه فرض إن خاف ضياعه ، ويحرم) أخذه (لنفسه ، ويندب) أخذه (إن قوى عليه) وإلا فلا ندب لما في البدائع : حكم أخذه كلفظة (فإن ادعاه آخر دفعه إليه إن برهن واستوثق) منه (بكفيل) إن شاء بجواز أن يديه آخر (ويحلف) الحاكم أيضا بالله ما أخرجه عن ملكه بوجه (وإن لم يبرهن) عطف على إن برهن (وأقر) العبد (أنه عبده أو ذكر) المولى (علامته وحليته دفع إليه بكفيل ، فإن أنكر المولى إياقه) مخافة جعله (حنف) إلا أن يبرهن على إياقه أو على إقرار المولى بذلك زيلعي (فإن طالت المدة) أي مدة عبيء المولى (باعه التامض ولو علم مكانه) لتلا يتضرر المولى بكثرة النفقة

(قوله أخذه فرض إن خاف ضياعه) أي إن غلب على ظنه ذلك ، وهذا ذكره في البحر أحدًا من عبارة البدائع . وبأقوى ما فيه . وذكر في الفتح بحثًا فنيه المصنف (قوله ويندب أخذه إن قوى عليه) عبارة كافي الحاكم . وإذا وجد عبداً أبقا وهو قوى على أخذه قال يسعه تركه وأحب إلى أن يأخذه ويرده على صاحبه اهـ وفهمه أن قيد القوة على أخذه تأكيد لإفادة جواز الترك وأنه لا يجب أخذه بل يندب ، فهو في الحقيقة بدع نوهب الوجوب عند القوة عليه : وبه اندفع ما أورد على المصنف من أن هذا الشرط لا يخص ما يحرم فيه بل هو عام في سائر التكليف . على أن كون القدرة شرطاً عاماً لا يوجب عدم ذكرها في معرض بيان الأحكام . قد تعارض - والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً - ولم يصرح باشتراط عدم خوف ضياعه لعدم من قوله فرض إن خاف ضياعه فافهم (قوله لما في البدائع الخ) تعليل لقوله أخذه فرض إن خاف ضياعه الخ . وقد نزع في ذلك البحر .

واعترضه في النهر بأنه قدم عن البدائع أن القول بفرضية أخذ اللقطة عند خوف الضياع قول الشافعي ، فقول البدائع هنا إن حكم أخذ الآبق كحكم اللقطة لا يدل على فرضية أخذه عندنا ، نعم في الفتح يمكن أن يجري فيه التفصيل في اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلفه على المولى إن لم يأخذه مع قدرة تامة عليه وبجب أخذه وإلا فلا اهـ .

قلت : لكن تقدم أن مانسب في البدائع إلى الشافعي مذهبا ، فقله هنا حكمه كحكم لفظة يفيد أنه إذا كان أخذها واجبا يكون أخذه مثلها ، وقد صرح في غير البدائع بأن أخذها واجب فأخذ الآبق كذلك فليتأمل (قوله واستوثق منه بكفيل إن شاء) قال في الفتح : ثم إذا دفعه إليه عن بيعة ففى أولوية أخذ الكفيل وتركه روايتان اهـ وظاهره أن ذلك في حق القاضي ، وهو صريح مافي كافي الحاكم : قال ط : وذكر العلامة نوح قبل روية عدم أخذ الكفيل أصبح لأنه لما أقام البيعة أنه له حرم تأخيرها لأن الدفع في هذه الصورة واجب اهـ .

قلت : لكن في التارخانية أن رواية الأخذ أحوط (قوله أيضا) أي مع الاستينافق منه بكفيل (قوله بوجه) كبيع أو هبة بنفسه أو بوكيله (قوله دفع إليه بكفيل) أخذه الكفيل هنا رواية واحدة كما في الفتح . قال في التارخانية : ولم يذكر في الكتاب أن القاضي يتخير في الدفع إليه أو يجب عليه الدفع ، وقد اختلف المشايخ فيه اهـ .

قلت : ينبغي وجوب الدفع في صورة إقرار العبد وعدمه في صورة ذكر العلامة تأمل (قوله مخافة جعله) أي أخذ جعله (قوله بذلك) أي بإياقه (قوله فإن طالت المدة) سيأتي أن القاضي يحبس الآبق تعزيرا . وفي التارخانية يحبس إلى أن يمضي طالبه ، ويكون هذا الحبس بطريق التعزير وينفق عليه في مدة الحبس من بيت المال . ثم قال : فإن لم يمضي له طالب وطال ذلك باعه بعد ماحيه ستة أشهر ويدفع الثمن إلى صاحبه إذا وصف حليته وعلامته اهـ وجواز بيعه ظاهر على أنه لا يؤجره خوف إياقه كما مر في اللقطة وبأقوى (قوله ولو علم مكانه) في الخواص اليقينية

وحفظ ثمنه لصاحبه و) أمسك من ثمنه ما أنفق منه ، وإن جاء المولى (بعده وبرهن) أو علم (دفع باقي الثمن إليه ، ولا يملك) المولى (نقض بيعه) أى بيع القاضى لأنه بأمر الشرع كحكمه لا ينيقض .

قلت : لكن رأيت في معروضات المرحوم أبى السعود مفتى الروم أنه صدر أمر سلطاني بمنع القضاة عن إعطاء الإذن ببيع عبيد العسكرية . وحينئذ فلا يصح بيع عبيد الساهية فلهم أخذها من مشتريها ورجع المشتري بثمنه على البائع . وأما عبيد الرعايا فكذلك إذا كان بغير فاحش وإلا فللرعايا الثمن وبذلك ورد الأمر أيضا انتهى بالمعنى فليحفظ فإنه مهم (واو زعم) المولى (تدبيره أو كتابته) أو استبلادها (لم يصدق في نقضه) إلا أن يكون عنده ولد منها أو يبرهن على ذلك نهره

(واحتلف في الضال) قبل أخذه أفضل ، وقبل تركه ؛ ولو عرف بيته فليصالحه إليه أولى .

(أبى عبد فجاه به رجل وقال لم أجد معه شيئا) من المال (صدق) ولا شيء عليه (ولن رده) خير لقوله الآتى أربعون درهما (إليه من مدة سفر) فاكتر

ينبغي أن يكون هذا إذا تعذر إيصاله إلى مالكة ونيف تلفه : وقد ذكر في القنية أن مال الغائب لا يباع إذا علم مكان الغائب لإمكان إيصاله اه نهر :

قلت : قد يكون إيصاله إلى مالكة موجبا لكثرة النفقة فيتضرر مالكة ، وقد لا يمكن معه أخذ ما أنفق عليه القاضى (قوله وأمسك من ثمنه ما أنفق منه) التضمير في منه للقاضى ، والمراد ما أنفق من بيت المال : أى أمسك قدر ما أنفق ليرده إلى بيت المال (قوله أو علم) بتشديد اللام : أى وصف علامته . وفي المصباح : علمت له علامة بالتشديد وضعت له أماراة يعرفها (قوله دفع باقي الثمن إليه) نقل في التناوخانية عن التهذيب أنه لا يدفع إليه الثمن إلا بالبينة ولا يكتفى بالحلية . ونقل عن الكافي أنه يجوز أن يكتفى بها .

قلت : يمكن التوفيق بأن الأول في وجوب الدفع والثاني في جوازه (قوله عن إعطاء الإذن) أى لو أريد الآتى (قوله فحينئذ فلا يصح الخ) لأنه لا يصح بيعه بلا إذن القاضى ، وحيث كان القاضى ممنوعا من إعطاء الإذن لا يصح إذنه لأنه يستعبد الولاية من السلطان ، ولكن هذا المنع السلطاني لا يبق بعد موت السلطان المانع على ما أفاده الخبر الرملى في فتاواه تأمل (قوله فكذلك) أى لا يصح بيع القاضى لأن تصرفه منوط بالمصلحة وخصوصا بعد ورود الأمر له بذلك (قوله لم يصدق في نقضه) أى لم يصدق في زعمه المذكور في حق نقض البيع وإلا فهو مؤاخذ بإقراره على نفسه (قوله إلا أن يكون عنده ولد منها) أى ولد ولدته في ملكه فيدهى أنه ولده منها فيصدق عليه ويثبت النسب ويفسخ البيع اه كافي الحاكم الشهيد (قوله أو يبرهن على ذلك) أى على ما زعمه من التدبير ونحوه . وأفاد أن ما ذكره المصنف محمول على ما إذا كان مجرد دعوى بلا برهان :

وبه الدفع ما في البحر من القطة من أن عدم تصديقه مشكل ، لأنه : أى المالك لو باع بنفسه ثم قال هو مدبر أو مكاتب أو أم ولد وبرهن قبل برهانه لأن القناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع اه . قال في النهر : فيحمل على ما إذا لم يبرهن اه وبه أجاب المقدسى أيضا (قوله واختلف في الضال) الأولى للمصنف ذكر هذا بعد قوله وينبذ إن قوى عليه لثلاث يوم أن الاختلاف في نقض البيع (قوله قيل الخ) وعليه فهو مما خالف فيه الآتى ، ويخالفه أيضا في أنه لا جمل لراذه ، وأنه لا ينجس ، وأنه يؤجره وينفق عليه من أجرته كالقطة كما في البحر وسبأني (قوله ولو عرف بيته الخ) يشير إلى أن محل الاختلاف ما إذا لم يعلم الواجد مولاه ولا مكانه : قال في الفتح : أما إذا علم فلا ينبغي أن يختلف في أفضلية أخذه ورده (قوله صدق) أى يمينته كافي (قوله من مدة سفر) الظاهر أن المعبر في هذه المسافة ما بين مكان الأخذ ومكان سيد العبد ، سواء أبى من مكان سيده

(وهو) أى والحال أن الراد ولو صبيا أو عبدا لكن الجعل لمولاه (ممن يستحق الجعل) قيد به لأنه لايجعل لسلطان وشحنة وخفير ووصى بتم وعائلته ومن استعان به كلن وجدته فخذة فقال نعم أو كان فى عياله وابن واحد الزوجين مطلقا زيلعى وشريك نصف

أوغره ، كما يشعر به قول الهداية : ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فقد اعتبر مكان الرد ومكان المولى ، وعليه فلو خرج فى حاجة لمولاه مسافة يومين ثم أبق منها مسافة يوم فأخذه رجل ورده على مولاه فله أربعون درهما اعتبارا لمكان المولى ، والظاهر أيضا كما أفاده ط أن المعتبر فى مكان المولى المكان الذى يحصل فيه الرد عليه ، حتى لو لحقه المولى وقد سار يوما تلقىه الواجد بعد ماسار يومين فله جعل اليومين فقط (قوله ولو صبيا أو عبدا الخ) جملة معترضة بين اسم إن وخبرها ، وهو قوله ممن يستحق الجعل ، ودخل فى هذا التعميم ما إذا تعدد الراد كائنين ، فيشتركان فى الأربعين إذا ردها إلى مولاه ، وما إذا ردها بنفسه أو بآثمه كما إذا دفعه إلى رجل وأمره أن يأخذ به إلى مولاه وأن يأخذه منه الجعل ، وما إذا اغتصبه منه رجل وجاء به إلى مولاه وأخذ جملة ثم جاء الآخذ وبرهن أنه أخذه من مسيرة سفر فله الجعل ويرجع المولى على العاصب بما دفعه إليه لأنه أخذه بغير حق (قوله ممن يستحق الجعل) بأن لم يكن ممن يعمل متبرعا ، بخلاف المتبرع إما لوجوب ذلك العمل عليه كالمسلطان أو أحد نوابه ، أو لكونه يحفظ مال سيد المكدوصى لقيم وعائلته ، أو لكونه ممن جرت العادة برده عليه تبرعا ، إما لاستعانة به لأنه ممن فى عياله أو لزوجية أو بنوة أو شركة (قوله وشحنة) هو حافظ المدينة اهـ ح (قوله وخفير) هو بمعنى المعاهد : أى من يعاهدك على النصرة . ولعل المراد به من يصعب الحاكم فى الطريق لدفع القطار عن المسافرين ، ثم رأيت نقلا عن الحموى أن المراد به هنا الخارس (قوله وعائلته) أى من يعول البتم ويربى فى حجره بلا وصاية (قوله فقال نعم) كذا شرطه فى التارخانية معللا بأنه قد وعداه الإعانة بحر . قال المقدسى : والظاهر أنه ليس بشرط لأن الظاهر منه التبرع بالعمل حيث لم يشترط عليه جعلاه .

قلت : وفيه نظر ، فإن عدم شرط الجعل لا يدل على التبرع وإلا لزم شرطه فى كل المواضع ، بخلاف ما إذا استعان به ووعدته الإعانة فإن إيجابته بالقول لما طلب دليل التبرع تأمل (قوله أو كان فى عياله) عطف عن استعان وشمل أحد الأبوين إذا رد عبد الابن فلا جعل له إذا كان فى عيال الابن كحكم بقية المحارم كما فى الهداية وشروحها كفاية البيان والمهرج والفتنح والعبانة ، وكذا فى البرازلية والجهورة والقهستانى والنهر ، على خلاف ما فى البحر والمنح ، حيث سوى بين الأبوين والابن ، ومثله قول الحاوى القدسى ، إذا كان الراد فى عيال مالك الغلام لايجعل له . وإلا فله الجعل سواء كان أجنبيا أو ذا رحم محرم إلا الوالدين ولولودين (قوله وابن) عطف على سلطان ح (قوله مطلقا) أى سواء كان الابن فى عيال الأب وأحد الزوجين فى عيال الآخر أولا . قال الزيلعى ، لأن رد الآبق على المولى نوع خدمة للمولى وخدمة الأب مستحقة على الابن فلا تقابل بالأجر ، وكذا خدمة أحد الزوجين الآخر اهـ ح (قوله وشريك) لأن عمله يكون فى حصته وحصه شريكه بلا تغيير فلا أجر له ، كمن استأجر شريكه على حمل الحمل المشترك بينهما لا يستحق أجرا ، ومنه ما فى اللؤلؤجية لو جاء به وارث الميت ، إن أخذه وسار به ثلاثة أيام وسلمه فى حياة المولى يستحق الجعل إن لم يكن فى عياله وإن سلمه بعد موته وليس ولد المولى ولا فى عياله وكان معه وارث آخر . قال محمد له الجعل فى حصه شركائه : وقال أبو يوسف لا ، وقيل قول أبى حنيفة كقول محمد اهـ ما خصا .

ووهبانية ولولاجية ، فالمستثنى أحد عشر (أربعون درهما) فبطل صلحه فيها زاد عليها (ولو بلا بشرط) اسفحسانا . ولو رد أمة ولما ولد يعقل الإباق فجعلان نهر بحثا (وإن لم يعلمها) عند الثاني لثبوته بالنص فلذا عول عليه أرباب المتون (إن أشهد أنه أخذه ليرده) وإلا لاشيء له

قلت : ولعل وجه الخلاف أنه إن نظر إلى أن العمل الموجب للجعل وهو سير ثلاثة أيام حصل في حياة المولى قبل أن يصير الراد شريكا وجب الجعل ، وإن نظر إلى أن الاستحقاق بالقسطم وهو لم يحصل إلا بعد الموت والاشتراك لم يجب الجعل ، ويؤيد الثاني عدم استحقاق الجعل في موت مولى أم الولد والمذبر كما يأتي قريبا نأمل (قوله ووهبانية) كذا في بعض النسخ . والذي رأيت في عدة نسخ ووهبان ، وهكذا رأيت معزيا إلى نسخة الشارح وهو الصواب ، لأن الشارح عزاه للولولاجية والذي رأيت فيها ووهبان وشحنة ، وهكذا رأيت في التجنيس . والظاهر أنه في عرفهم اسم لنوع من يرهب منه من أهل الولايات بقرينة ذكره مع الشحنة ، وحينئذ يتم قول الشرح بالمستثنى أحد عشر ، فإن به يتم العدد فافهم (قوله أربعون درهما) بوزن سبعة مثاقيل فتح ، وإن أنفق أضعاها بغير أمر القاضي كافي الحاكم . أما لو أنفق بأمره فإن له الأربعين مع جميع ما أنفق فلا يستحق الأربعين فقط إلا إذا كان إنفاقه بغير أمر القاضي ، وبه سقط اعتراضه في الدر المنقى على شارح الوهبانية بأن تعبيره بلفظ غير من سبق القلم (قوله فبطل صلحه فيها زاد عليها) لأنه زيادة على مائت بالنص كما بطل صلح القاتل فيها زاد على لدية . قال في البحر : بخلاف الصلح على الأقل لأنه حط منه (قوله استحسانا) والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط كما إذا رد بهيمة ضالة أو عبدا ضالا . وجه الاستحسان أن الصحابة رضی الله تعالى عنهم أجمعوا على أصل الجعل . واختلفوا في مقداره ، فأوجبنا الأربعين في مدة السفر وما دونها فيها دونه جمعا بين «أروايتين نهر» (قوله ولو رد أمة الخ) اعلم أنه في كافي الحاكم عم أولا في وجوب الجعل في رد الأبق فقال بالغا أو غير بالغ . ثم قال : وإذا أبتقت الأمة ولما صبي رضيع فردها رجل كان له جعل واحد ، فإن كان ابنها غلاما قد قارب الحلم فله الجعل ثمانون درهما : قال في الفتح : لأن من لم يراهق لم يعتبر أبقاها ومقتضاه أن المراد بقوله أو غير بالغ هو المراهق . ووفق في البحر بين صبار في الكافي بأن الولد إن كان مع أحد أبويه اشترط كونه مراهقا : أي اشترط ذلك لوجوب جعل آخر لرد الولد ، وإن لم يكن مع أحدهما لا يشترط أن يكون مراهقا ، لكن يشترط عقله لقول التارخانية : وما ذكر من الجواب في الصغير محمول على ما إذا كان يعقل الإباق وإلا فهو ضال لا يستحق له الجعل اه . ووفق في النهر بأن قوله قد قارب الحلم غير قيد ، لقول شارح الوهبانية : أنفق الأصحاب أن الصغير الذي يجب الجعل برده في قول محمد هو الذي يعقل الإباق :

وحاصله أنه لا يشترط كونه مراهقا في وجوب الجعل برده سواء كان مع أحد أبويه أو وحده ، بل الشرط أن يعقل الإباق ، فبحث النهر إنما هو تقييد الولد في مسألة الكافي بكونه يعقل الإباق إشارة إلى أنه المراد مع قوله قد قارب الحلم (قوله لثبوته بالنص) فلا يحط منه لتقصان القيمة ، كصدقة الفطر لا يحط منها لو كانت قيمة الرأس أنقص من صدقة الفطر قاله العيني : وقال محمد : يقضى بقيمته إلا درهما لأن المقصود إحياء مال المالك فلا بد أن يسلم له شيء تحقيقا للقاعدة . وذكر صاحب البدائع والإسبيجاني الإمام مع محمد فكان هو المذهب بحر . والذي عليه المتون مذهب أبي يوسف كما لا يخفى ، فينبغي أن يعول عليه لموافقة للنص والله تعالى أعلم منعه ط (قوله إن أشهد الخ) شرط لاستحقاق الجعل المذكور ، وهذا عند التمكن من الإشهاد وإلا فلا يشترط ، والقول قوله في أنه لم يتمكن منه كما صرح به في التارخانية بحر . وفي الكافي : أخذه رجل فاشتره

(و) لرادہ (من أقل منها بقسطه ، وقيل يرضخ له برأى الحاكم) أو بقدر باصطلاحهما (به يفتى) تنازعاً خالية بجر (ولو من المهر) فيرضخ له أو يقسطه كما مر (وأم ولد ومدبر) وماذون (كفن) في الجعل .
(وإن مات المولى قبل وصوله) أي الآتي (وهو مدبر أو أم ولد فلا جعل له) لعنتهما بموته (وإن أبق منه بعد إشفاده) المتقدم (لم يضمن) لأنه أمانة ، حتى لو استعمل في حاجة نفسه ثم إنه أبق ضمن ابن مائث عن القتيبة .
وفي الوهبانية : لو أنكر المولى إبقائه قبل قوله بيمينته ويلزم مريد الرد قيمته ما لم يبين إبقائه (وضمن لو) أبق أو مات (قبله) مع تمكنه منه لأنه غاصب (ولا جعل له في الوجهين) خلافاً للثاني في الثاني ، لأن الإشهاد عنده ليس شرطاً فيه وفي النقطة (ولا جعل برد مكاتب) لحريته يدا :

(وجعل عبد الرهن على المرتن لو قيمته مساوية للدين أو أقل ، ولو أكثر من الدين فعليه بقدر دينه) والباقي على الراهن (لأن حقه بالقدر المقصود منه .

(وجعل عبد أوصى برقبته لإنسان وبخدمته لآخر على صاحب الخدمة) في الحال لأن المنفعة له (باد انقضت) الخدمة (رجع صاحبها على صاحب الرقبة أو بيع العبد فيه) أي في الجعل :

(وجعل مأذون مدبون على من يستقر له الملك) فإن بيع بدى بالجعل والباقي للفرءاء (كما يجب جعل) أي جنى خطأ لافي يد الأخذ

منه رجل وجاء به فلا جعل له لأنه لم يأخذه ليرده ، وكذلك الهبة والوصية والميراث ، وإن أشهد حين اشتراه أنه إنما اشتراه ليرده على صاحبه لأنه لا يقدر عليه إلا بالشراء فله الجعل اه ويكون متبرعاً بالشيء نهر (قوله بقسطه) أي بأن تقسم الأربعون على الأيام لكل يوم ثلاثة عشر وثلاث نهر (قوله يرضخ له) يقال يرضخ له كنع وضرب أعطاه عطاء غير كثير قاموس ، واعتبار رأى الحاكم عند عدم الاصطلاح على شيء ط (قوله به يفتى) أي بالرضخ برأى الحاكم (قوله ولو من المهر) تعميم لقوله ومن أقل . وعنه أنه لا شيء له قهراً عن المضمرات ، لكن الأول هو المذكور في الأصل وهو الصحيح بجر (قوله كفن في الجعل) أي في وجوبه ، وهذا إذا رد المدبر وأم الولد في حياة المولى كما أفاده ما بعده (قوله لعنتهما بموته) فيقع رد حر لأمولك ، وهذا في أم الولد ظاهر ، وكذا في المدبر لو يخرج من الثلث لأنه حينئذ يعنى بالموت اتفاقاً ، وإلا فكذلك عندهما . وعنده بصير كالمكاتب لأنه يسمى في قيمته ليعتق ، ولا جعل في رد المكاتب ، وتعممه في الفتح (قوله وإن أبق منه) وكذا لو مات في يده نهر (قوله ثم إنه أبق) أي في حال استعماله ، أما لو بعد فراغه وعزمه على أن يرده إلى صاحبه فيبذره عدم الضمان لعوده إلى الوفاق ط (قوله ويلزم مريد الرد قيمته) أي إذا أبق منه أو مات في يده ، سواء أشهد أنه أخذه ليرده أولاً كما هو ظاهر لأنه غير مقيد عند إنكار المولى إبقائه (قوله ما لم يبين إبقائه) أي بإفادته البينة على إبقائه أو على إقرار المولى به زيلعي (قوله في الوجهين) أي فيما إذا أبق منه بعد الإشهاد أو قبله . قال في المنح : أما الأول فلائذ لم يرده إلى مولاه ، وأما الثاني فلائذ بترك الإشهاد صار غاصباً (قوله خلافاً للثاني في الثاني) أي في قوله وضمن لو قبله فإنه لا يضمن عند أبي يوسف وإن لم يشهد ، والأولى ذكر الخلاف قبل قوله ولا جعل له لتلايهم أن الخلاف في الجعل وليس كذلك ، لأن أبا يوسف وإن أوجب الجعل بدون إشهاد لكن لا بد فيه أن يرده على مولاه ، والكلام فيها إذا أبق أو مات قبل الرد فافهم (قوله أو يبيع العبد فيه) أي إن لم يدفع صاحب الرقبة الجعل : والظاهر أن الذي يبيعه هو القاضى (قوله على من يستقر له الملك) وهو المولى إن اختار قضاء دينه أو الفرءاء إن اختار بيعه في الدين فيجب الجعل في الثمن ، وفي كلامه تسامح لأن الملك لم يستقر لم فيه بل في ثمنه وإنما استقر ملكه للمشتري ولا شيء عليه كما في الفتح (قوله جنى خطأ) أي قبل الإباق أو بعده قبل الأخذ

على من سيصير له ، و (مقصوب على غاصبه ، وموهوب على موهوب له وإن رجع الواهب) بعد الرد لأن زوال ملكه بالرجوع بتقصير منه وهو ترك التصرف (و) جعل عبد (صبي في ماله ، و) الآبق (نقطة كنفقة لقطعة) كما مر (وله حبسه لدين نفقته ، ولا يؤجره القاضي) خشية إباقه ثانياً (و) لكن (يحبس تميزاً) له ، وقيل يؤجره للنفقة ، وبه جزم في الهداية والكافي (خلاف) اللقطة و (الضال) وقدر في التتارخانية مدة حبسه ستة أشهر ، ونفقته فيها من بيت المال ثم بعدها يبيعه القاضي كما مر :

[فرع] أبقى بعد البيع قبل القبض للمشتري رفع الأمر للقاضي ليفسخ ، والله أعلم :

كتاب المفقود

(هو) لعة المعلوم . وشرعا (غائب لم يدر أحيى هو فيتوقع) قادمه (أم ميت أودع المحدث البلغم) أى القفر

كما يفيد قوله لافى يد الآخذ ، واحتراز به عما لو جنى في يد الآخذ فلا جعل له على أحد كما لو قتل عبداً ثم رده (قوله على من سيصير له) وهو المولى إن اختار فداؤه ، أو الأولياء إن اختار دفعه إليهم ، فلو دفع المولى الجعل ثم قضى عليه بالدفع إلى الأولياء له الرجوع على المدفوع إليه بالجعل بجر عن المحيط تأمل (قوله على غاصبه) لأنه أحياء له لتبرأ ذمته بدفعه ، وطاهره لزوم الجعل له ولو رده إلى مالكة ويحرم ط (قوله وهو ترك التصرف) أى تصرفه بما يمنع رجوع الواهب في هبته (قوله عبد صبي) بالإضافة : أى جعل عبد الصبي في مال الصبي (قوله كنفقة لقطعة) لأنه لقطعة حقيقة فإذا أنفق عليه الآخذ بلا أمر القاضي كان مشترعا ، وبإذنه كان له الرجوع بشرط أن يقول على أن ترجع على الأصح بجر (قوله وله حبسه لدين نفقته) فإن طالبت المدة ولم يجى صاحبها بأهله القاضي وحفظ ثمنه كما قدمناه بجر .

قلت : وله حبسه أيضا للجعل . قال في الكافي : ولمن جاء بالآبق أن يمسكه حتى يأخذ الجعل ، فإن مات في يده بعد ما قضى له القاضي بإمسكه بالجعل فلا ضمان عليه ولا جعل ، وكذلك لو مات قبل أن يرفعا إلى القاضي (قوله وقيل يؤجره لافقة) تقدم الكلام عليه في اللقطة (قوله بخلاف اللقطة والضال) فإن الدابة اللقطة تؤجر لينفق عليها من أجرها الضال لا يمسك ، وظاهره أنه يؤجره لينفق عليه من أجرته وبه صرح في كتاب اللقطة (قوله ثم بعدها يبيعه القاضي) أى ويرد لبيت المال ، أنفق منه كما قدمناه ح ، والله سبحانه أعلم .

كتاب المفقود

مناسيته للآبق أن كلا منهما فقداه أهله وهم في طلبه ، وآخر عنه لقلة وجوده (قوله هو غائب الخ) أفاد أن قول الكثر هو غائب لم يدر موضعه معناه لم تدر حياته ولا موته . قال في البحر : فالمدار إنما هو على الجهل بحياته وموته لا على الجهل بمكانه ، فلهن جعلوا منه كما في المحيط المسلم الذى أسره العدو ولا يدري أحيى أم ميت مع أن مكانه معلوم وهو دار الحرب ، فإنه أهم من أن يكون عرف أنه في بلدة معينة من دار الحرب أو لا ، لكن في المتن وغيره : هو غائب لا يدري مكانه ولا حياته ولا موته ، قيل فهذا صريح في اشتراط جهل المكان فيكون التعويل عليه ؟

قلت : الظاهر أن علم المكان يستلزم العلم بالموت والحياة غالبا وعدمه عدمه ، فالعطف للتفسير ، ولو علم مكانه من دار الحرب مع تحقق الجهل بماله وعدم إمكان الاطلاع عليه لاشك في أنه مفقود فالفهم (قوله فيتوقع قادمه) أى يطلب أو ينتظر وقوعه ، وقوله قادمه بدل اشتغال من الضمير في يتوقع العائد إلى قوله غائب

جمعه بلاقع ، فدخل الأسير ومرد لم يدر الحق أم لا ؟ (ودو في حق نفسه حي) بالاستصحاب : هذا هو الأصل فيه (فلا ينكح عرسه غيره ولا يقسم ماله) قلت : وفي معروضات المفتي أبي السعود أنه ليس لأمين بيت المال زرع من يد من يده من أمته عليه قبل ذهابه ، لما سيجيء معزيا لخزانة المفتين (ولا تفسخ إجارته ، ونصيب القاضى من) أى وكيلاً (يأخذ حقه) كملاته وديونه المقر بها (ويحفظ ماله ويقوم عليه) عند الحاجة ، فالو له وكيل فله حفظ ماله لا تعمير داره إلا بإذن الحاكم لأنه لعله مات ، ولا يكون وصياً تجنيس (لكنه) أى هذا الوكيل المنصوب (ليس بخصم فيما يدعى على المفقود من دين ووديعة وشركة في عقار

لأنائب قاعل ، لأن حذفه لا يجوز (قوله ومرد لم يدر الحق أم لا) أى فإنه يوقف ميراثه كما يوقف ميراث المسلم كافى الحاكم لأنه إذا جهل الحاقه لا يمكن الحكم به ، بخلاف ما إذا علم فإنه يحكم به ويكون وصياً حكماً فيقسم ميراثه على ما مر في باب (قوله وهو في حق نفسه حي) (مقابلة قوله الآتى وميت في حق غيره .

وحاصله أنه يعتبر حياً في حق الأحكام التي تضره وهي الموقوفة على ثبوت موته ويعتبر ميتاً فيما يتعلق به ويضر غيره ، وهو ما يتوقف على حياته لأن الأصل أنه حي وأنه إلى الآن كذلك استصحاباً للاحكام السابق ، وإلا استحباب حجة ضعيفة تصلح للدفع للإثبات : أى تصلح للدفع ما ليس بثابت لا لإثباته (قوله زرع) أى ريع من المفقود (قوله لما سيجى الخ) فيه أن ما هنا أودعه بنفسه وما يجى في مال مورثه .

قلت : لكن بآنى قريباً أنه لو كان له وكيل له حفظ ماله : أى لأنه لا ينزل بفقد الموكل كما يأنى ، لكن من ابن المؤيد عن جامع القصولين : لو أخذ القاضى وديعة المفقود من هي يده ووضعه عند ثقة لأبى به وهذا يخالف ما في المعروضات ، إلا أن يقال ما فيها هو في حق أمين بيت المال ، فليس له ذلك وإن كان المفقود لا وارث له إلا بيت المال ، لأن الوارث حقيقة ليس له ذلك فأمين بيت المال بالأولى ، ومانقناه إنما هو في القاضى الذي به ولاية حفظ مال القائب . والظاهر أنه محمول على ما إذا رأى المصلحة في ذلك ، بأن كان من المال بيده عبر ثقة إلا فهو عت ثأمل (قوله ولا تفسخ إجارته) لأنها وإن كانت تفسخ بموت المؤجر أو المستأجر لكنه لم يثبت موته (قوله المقر بها) بالبناء للمجهول : أى التي أقربها غرامؤه ، قيد به لما في النهر : ويخاصم في دين وجب بعقده بلا خلاف ، لا فيما وجب بعقد المفقود ، ولا في نصيب له في عقار أو عرض في يد رجل ، ولا في حق من الحقوقي إذا جمده من هو عنده أو عليه ، لأنه ليس بمالك ولأنائب عنه وإنما هو وكيل من جهة القاضى ولا يملك الحصوة بلا خلاف (قوله ويقوم عليه) أهم مما قبله لأنه يشمل الحفظ وغيره كحصاة وديار (قوله عند الحاجة الخ) متعلق بقوله ونصيب القاضى ، وهذا بحث ذكره في البحر ، أصله أنه إنما ينصب إذا لم يكن له وكيل في الحفظ أقامه الغائب قبل فقده لأنه لا ينزل بفقده ، لما في التجنيس : جعل داره بيد رجل ليعمرها أو دفع ماله ليعقله وفقد الدافع فله الحفظ لا التعمير إلا بإذن الحاكم لأنه عمله مات ولا يكون الرجل وصياً له . وأجاب في النهر بأن الظاهر أنه أى وكيل المفقود لا يملك قبض ديونه التي أقربها غرامؤه ولا غلاته ، وحينئذ فيحتاج إلى النصيب ، وكان هذا هو السرى لإطلاقهم نصب الوكيل له .

قلت : وفيه نظر ، لأن مراد البحر أن القاضى إنما ينصب له من يأخذ حقه ويحفظ ماله إذا لم يكن له وكيل في ذلك ، لأن وكيله لا ينزل بفقده ، وقول النهر الظاهر أنه لا يملك قبض ديونه الخ غير مسلم إلا بنقل صريح ، لأنه إذا لم ينزل وقد وكله بذلك فما المانع له منه ؟ فلذا والله أعلم لم يعول الشارح على كلامه (قوله ليس بخصم فيما يدعى على المفقود) ولا فيما يدعى له كما علمته . قال في البحر : وكذا ليس للورثة ما ذكر لأنهم يرثونه بعد موته ولم يثبت .

أو رقيق ونحوه) لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه ، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى ، وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف ؛ ولو قضى بخصومته لم ينفذ زاد الزيلعى فى القضاء وتبعه الكمال إلا بتفويض قاض آخر ، لكن فى الخلاصة : الفتوى على النفاذ يعنى لو القاضى مجتهدا نهر :
(ولا يبيع) القاضى (مالا يخاف فسادة فى نفقة ولا فى غيرها ، بخلاف ما يخاف فسادة) فإنه يبيعه القاضى ويحفظ ثمنه .

ثم نقل عن البرازية : مات عن ابنين أحدهما مفقود فزعم ورثة المفقود أنه حتى وله الميراث والابن الآخر يزعم موته لاختصومة بينهما ، لأن ورثة المفقود اعترفوا أنه لاحق لهم فى التركة فكيف يحضرون معهم اه لأن اعترافهم بحياته اعتراف بأن الحق له (قوله ونحوه) أى نحو ما ذكر من رد بعب أو مطالبة لاستحقاق بمر (قوله بلا خلاف) لما فيه من تضمن الحكم على الغائب وإنما الخلاف المعروف بينهم فيمن وكله المالك بقبض الدين هل يملك الخصومة أم لا ؟ فعنده يملكها وعندهما لا اه ح عن الزيلعى .

مطلب قضاء القاضى ثلاثة أقسام

(قوله لم ينفذ) اعلم أن قضاء القاضى ثلاثة أقسام : قسم يرد بكل حال ، وهو ما يخالف النص أو الإجماع : وقسم يضى بكل حال ، حتى لو رفع إلى قاض آخر لبراءة نفذه وأمضاه ولا يبطله ، وهو ما يكون الخلاف فيه لا فى نفس القضاء بل فى سببه . وأمثله كثيرة : منها لو قضى شافعى بشهادة المخلودين بعد التوبة أو قضى لامرأة بشهادة زوجها وأجبنى نفذ ؛ ولو رفع إلى حنفى لزمه تنفيذه لأن الاختلاف فى سبب القضاء ، وهو أن شهادة هؤلاء هل تصير حجة للحكم أم لا ، أما نفس الحكم فلا اختلاف فيه . والقسم الثالث الحكم المجتهد فيه ، وهو ما يقع الخلاف فيه فى نفس الحكم ؛ فقبل ينفذ أيضا ، وقبل لا ينفذ إلا إذا نفذه قاض آخر ، فإذا نفذه الثانى نفذ ، حتى لو رفع إلى ثالث أمضاه وإذا أبطله الثانى فليس لأحد أن يجيزه وهذا هو الصحيح . وبعضهم صحح الأول ، وذلك كما لو قضى لولده على أجبنى أو لامرأته بشهادة رجلين ، لأن نفس القضاء مختلف فيه .

واختلفوا فيما لو قضى على الغائب ، فقول هو من هذا القسم فلا ينفذ إلا بتفويض قاض آخر وهو ما نقله عن الزيلعى والكمال ، بناء على أن الاختلاف فى نفس القضاء على الغائب . وقيل هو من القسم الثانى فينفذ بلا توقف على تنفيذ قاض آخر ، وهو ما نقله عن الخلاصة بناء على أن الاختلاف لافى نفس القضاء بل فى سببه ، وهو أن البيئة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أولا ؟ (قوله يعنى لو القاضى مجتهدا) ومثله مالم كان مقلدا المجتهد ، وهذا ترجيح لما حققه فى البحر من كتاب القضاء من أن الخلاف فى نفاذ القضاء على الغائب ، محله ما إذا كان مذهب القاضى صحة هذا القضاء بخلاف القاضى الحنفى ، وسبب فى القضاء إن شاء الله تعالى تحقيق ذلك (قوله ولا يبيع القاضى مالا يخاف فسادة) متوقفا كان أو عقارا ، لأن القاضى لا ولاية له على الغائب إلا فى الحفظ ، وفى البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ ، وما يخاف عليه الفساد كالثمار ونحوها يبيعه ، لأنه تعلم حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب يحفظ معناه اه من الهداية والفتح .

وفى جامع الفصولين وشرح الوهبانية : للقاضى بيع مال المفقود والأسير من المتاع والرقيق والعقار إذا خيف عليه الفساد ، وليس له بيعها لنفقة عياله ، وإن باعها خوفا الضياع فصارت دراهم أو دنانير يعطى النفقة منها بطريقة اه : وفيه شراء غناب قبل قبضه غيبة منقطعة ولا يدري أين هو جاز للقاضى بيع المبيع وإيفاء الثمن للبائع

قلت : لكن في معروضات المفتي أبي السعود أن القضاة وأمناء بيت المال في زمنا مأمورون بالبيع مطلقا وإن لم يخف فساد ، فإن ظهر حيا فله التمسك لأن القضاة غير مأمورين بفسخه ، نعم إذا بيع بغبن فاحش فله فسخه اه فليحفظ ؛
(ويتفق على عرسه وقريبه ولادا) وهم أصوله وفروعه (ولا يفرق بينه وبينها ولو بعد مضي أربع سنين)
خلافا لما لك

لو كان المبيع منقولا لآلو عقارا . وعلى هذا لو رهن المدينون وغاب غيبة منقطعة فرفع المرتهن الأمر للقاضي لبيع الرهن بدينه ينبغي أن يجوز كما في هذه المسألة اه ؛
قلت : ومسألة بيع المبيع ذكرها المصنف في معقولات البيوع ، وذكر في التهر هناك أنه لو غاب بعد قبض المبيع ليس للقاضي بيعه ، ومسألة بيع الرهن ذكرها الشارح في كتاب الرهن ، ومقتضى قياس هذه على المسألة الأولى تخصيص الرهن بكونه منقولا تأمل (قوله مأمورون بالبيع) أي أمرهم السلطان بذلك ؛
أقول : كيف يتجه هذا الأمر مع مخالفته لما ذكره المصنف تبعا لما في كتب المذهب كالحداية وغيره وكما استدل به الشهيد بلا حكاية خلاف . إلا أن يقال إنه إذن للقضاة بالحكم على مذهب الغير ، لكن في حكم القاضى بخلاف مذهبه كلام مذكور في كتاب القضاء ، على أن أمر قضاة زمانه لا يسرى على غيرهم كما حره في الخبرية (قوله ويتفق) أي الوكيل المنسوب نهر : أي يتفق من مال المفقود الحاصل في بيته والواصل من ثمن ما يتسارع إليه الفساد ومن مال مودوع عند مقر ودين على مقر ، وتامه في الفتح والبحر (قوله ولادا) نصب على التمييز نهر (قوله وهم أصوله وفروعه) أعاد الضمير بالجمع على القريب لأنه يصدق على الواحد والأكثر ، والمراد الأصول وإن حلوا والفروع وإن سفلوا ، ولم يشترط الفقر في الأصول استثناء بما مر في التفقات ؛ وإنما يتفق عليهم لأن وجوب الثقة هم ولا يتوقف على القضاء فكان إعانة لهم ، بخلاف غير الولاد من الأخ ونحوه فإن وجوبها يتوقف عليه ، فكان قضاء على الغائب وهو لا يجوز ، وهذا الإطلاق مقيد بالدرهم والدنانير والتبر لأن حقهم في المعلوم واللبس ، فإن لم يكن ذلك في ماله احتيج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان ، وقد علمت أنه على الغائب لا يجوز إلا في الأب فإن له بيع العرض لنفقته استحسانا كما في المبسوط ، وقدم المصنف في التفقات أن هؤلاء أخذ الثقة من مودعه ومدبونه المقرين بالنكاح والنسب إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي ، فإن ظهرا لم يشترط أو أحدهما اشترط الإقرار بما خفي هو الصحيح ، فإن أنكر الوديعة والدين لم ينتصب أحد من هؤلاء خصما فيه والمسألة بفروعهما مرت نهر . أي مرت في التفقات ؛

مطلب في الإفتاء بمذهب مالك في زووجة المفقود

(قوله خلافا لما لك) فإن عنده تعتد لزوجة المفقود عدة الوفاة بعد مضي أربع سنين ، وهو مذهب الشافعي القديم وأما الميراث فلهما كالميراث في التقدير بتسعين سنة ، أو الرجوع إلى رأى الحاكم . وعند أحمد إن كان يغلب على حالة الملاك كمن فقد بين الصنفين أو في مركب قد المكسر أو خرج لحاجة قريبة فلم يرجع ولم يعلم خبره فهذا بعد أربع سنين يقسم ماله وتعتد زوجته ، بخلاف ما إذا لم يغلب عليه الملاك كالسافر لتجارة أو لسياحة فإنه يفوض للحاكم في رواية عنه ، وفي أخرى يقدر بتسعين من مولده كما في شرح ابن الشحنة ، لكنه اعترض على الناظم بأنه لا حاجة للحنى إلى ذلك أي لأن ذلك خلاف مذهبنا فحذفه أولى . وقال في الدر المنثور : ليس بأولى ، لقول القهستاني : لو اتفق به في موضع الضرورة لأبأس به على ما أظن اه .

(ومیت فی حق غیره فلا یرث من غیره) حتی لو مات رجل عن بنتین وابن مفقود والمفقود بنتان وابناء والترکه فی ید البنین والکل مقرون بفقد الابن واختصموا للقاضی لاینبغی له أن یجریک المال عن موضعه : أی لاینزعه من ید البنین خزانة المقتنین (ولا یمسح ما أوصی له إذا مات الموصی بل یوقف قسطه إلى موت أقرانه فی بلده علی المذهب) لأنه الغالب ،

قلت : ونظیر هذه المسألة عدة ممثلة الطهر الی بلغت برؤية الدم ثلاثة أيام ثم امتد طهرها فلما تبقى فی العدة إلى أن تحيض ثلاث حیض . وعند مالک تنقضی عدتها بتسعة أشهر . وقد قال فی البرازية : الفتوی فی زماننا علی قول مالک : وقال الراهدی كان بعض اصحابنا یفتون به للضرورة .

واعترضه فی التهر وغيره بأنه لا داعی إلى الإفتاء بمذهب الغير لا مکان الترافع إلى مالکی یحکم بمذهبه ، وعلى ذلك مشی ابن وهبان فی منظومته هناك ، لیکن قد نهانا أن الکلام عند تحقق الضرورة حیث لم یوجد مالکی یحکم به (قوله ومیت فی حق غیره) معطوف علی قوله وهو فی حق نفسه حی كما مر (قوله وللמفقود بنتان وابناء) الظاهر أنه بالمد جمع ابن ، إذ لا یصح أن یکون مفردا منصوبا . وفی بعض النسخ وابنان بصیغة المثنی ، وفی بعضها وابن بصیغة المفرد والکل صحیح (قوله والترکه فی ید البنین) أی یلقى الرجل المیت . واعلم أن فی هذه المسألة ست صور والمذكور هنا صورة واحدة منها .

وحاصل الصور أن المال ، إما أن یکون فی ید أجنبي أوفی ید البنین أو فی ید أولاد الابن ، وعلى کل إما أن یفقوا علی العقد أو ینکره من فی یده المال ویدعی أنه مات ، وأحكام الکل مبينة فی الفتح فراجع له إن شئت (قوله أی لاینزعه من ید البنین) بل یقضی لهما بالنصف میراثا ویوقف النصف فی أيديهما علی حکم ملک المیت ، فإن ظهر المفقود حیا دفع إلیه ، وإن ظهر میتا أعطی البنان سدس کل المال من ذلك النصف والثالث الباقی لأولاد الابن للذكر مثل حظ الأنثیین فتح (قوله ولا یمسح الخ) أی لا یحکم باستحقاقه للوصية بعد موت الموصی ولا بعده ، بل یوقف إلى ظهور الحال ، فإن ظهر إلى آخر ماسیه كره المصنف (قوله إلى موت أقرانه) هذا لیس خاصا بالوصية بل هو حکمه العام فی جمیع أحكامه من قسمة میراثه وبنوثة زوجته وغير ذلك (قوله فی بلده) هو الأصح بحر ، وقيل المعتبر موت أقرانه من جمیع البلاد فإن الأعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الأقطار بحسب إجرائه سبحانه العادة ، ولذا قالوا : الصقابة أطول أعمارا من الروم ، لیکن فی تعرف موت أقرانه من البلاد حرج عظیم ، بخلافه من بلده فإما فیه نوع حرج محتمل فتح (قوله علی المذهب) وقيل یقدر بتسعين سنة بتقديم التاء من حین ولادته ، واختاره فی الكنز ، وهو الأرفق هدایة ، وعليه الفتوی ذخيرة ، وقيل بمائة ، وقيل بمائة وعشرين ، واختار المتأخرون تسعين سنة ، واختار ابن الهمام سبعین لقوله علیه الصلاة والسلام : أعمار أمی ما بین الستین إلى السبعین ، فكانت المنتهی غالبا . وذكر فی شرح الوهبانية أنه حکاه فی التنايع عن بعضهم . قال فی البحر : والعجب کیف یختارون خلاف ظاهر المذهب مع أنه واجب الاتباع علی مقلد أبی حنیفة . وأجاب فی التهر بأن التخصص من موت الأقران غیر ممکن أو فیه حرج ، فمن هذا اختاروا تقديره بالنسبة ۱۵ :

قلت : وقد یقال : لا تخالفة بل هو تفسیر لظاهر الرواية وهو موت الأقران ، لیکن اختلفوا ، فمنهم من اعتبر أطول ما یعیش إلیه الأقران غالبا ، ثم اختلفوا فی هل هو تسعون أو مائة أو مائة وعشرون ، ومنهم وهم المتأخرون اعتبروا الغالب من الأعمار ، أی أكثر ما یعیش إلیه الأقران غالبا لا أطوله فقلوه یستنبط لأن من یعیش فوقها نادر والحکم للغالب ، وقلوه ابن الهمام سبعین للحدث لأنها نهاية هذا الغالب یشير إلى هذا الجواب قوله فی الفتح بعد حکایة الأقوال :

واختار الزیلعی تفویضه للإمام .

وطریق قبول البینة أن يجعل القاضي من في يده المال خصما عنه أو ينصب عليه فيما تقبل عليه البينة نهر .

قلت : وفي واقعات المفتين لقدرى أفندى معزبا للفتنة أنه إنما يحكم بموته بقضاء لأنه أمر محتمل ، فلم ينضم إليه القضاء لا يكون حجة (فإن ظهر قبله) قبل موت أقرانه (حيا فله ذلك) القسط

والحاصل أن الاختلاف ما جاء إلا من اختلاف الرأي في أن الغالب هذا في الطول أو مطلقا اه (قوله واختار الزیلعی تفویضه للإمام) قال في الفتوح : فأى وقت رأى المصاحبة حكم بموته . قال في النهر : وفي البنایع : قبل يفوض إلى رأى القاضي ، ولا تقدر فيه في ظاهر الرواية . وفي الفتنة : جعل هذا رواية عن الإمام اه

قلت : والظاهر أن هذا غير خارج عن ظاهر الرواية أيضا ، بل هو أقرب إليه من القول بالتقدير لأنه فسره في شرح الوهبانية بأن ينظر ويجهد ويعمل ما يغلب على ظنه فلا يقول بالتقدير ، لأنه لم يرد به الشرع بل ينظر في الأقران وفي الزمان والمكان ويجهد ، ثم نقل عن مخفى الحنابلة حكايته عن الشافعي ومحمد . وأنه المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف . وقال الزیلعی : لأنه يختلف باختلاف البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص فإن الملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه قد مات اه ومقتضاه أنه يجهد ويحكم انقراض الطاهرة الدالة على موته وعلى هذا يفتى على ما في جامع الفتاوى حيث قال . وإذا فقد في المهلكة فوته غاب حكم به ، كما إذا فقد في وقت الملاقاة مع العدو أو مع قطاع الطريق ، أو سافر على المرض اه اب هلاكه ، أو كسفره في البحر وما أشبه ذلك حكم بموته لأنه الغالب في هذه الحالات وإن كان بين احتمالين . واحتمال موته بائس عن دليل لاحتمال حياته لأن هذا الاحتمال كاحتمال ما إذا بلغ المفقود مقدار ما لا يعيش على حسب ما يختلفوا في مقدار نقل من الفتنة اه ما في جامع الفتاوى . وأفتى به بعض مشايخ مشايخنا وقال إنه أفتى به قاضى زاده صاحب بحر الفتاوى ، لكن لا يخفى أنه لابد من مضي مدة طويلة حتى يغلب على الظن موته لا بمجرد فقد عند ملاقات العدو أو سفر البحر ونحوه إلا إذا كان ملكا عظيما فإنه إذا بقي حيا تشتهر حياته ، فلذا قلنا إن هذا مبنى على ما قاله الزیلعی تأمل (قوله وطریق قبول البينة) فيه إيهام أنه يحتاج إلى بينة على موت أقرانه وليس يبرأ . بل المراد ما إذا قامت بينة على موته حقيقة . ففي النهر عن التتارخانية : ثم طريق موته إما بالبينة أو موت الأقران . وطریق قبول هذه البينة أن يجعل القاضي الخ (قوله أو ينصب عليه قيا) أى إذا لم يكن له وكيل يحفظه اه ينصب عنه مسخرا لإثبات دعوى موته من زوجته أو أحد ورثته أو غيره (قوله بقضاء الخ) هو أحد قولين : قال الفهستاني : وفي الفاء من قوله فتعذر عرسه دلالة على أنه يحكم بموته بمجرد انقضاء المدة فلا يترقت على قضاء القاضي كما قال شرف الأئمة وقال نجم الأئمة القاضي عبد الرحيم نص على أنه يتوقف عليه كما في النية اه ، وما قاله شرف الأئمة موافق للقولين سائحاتي .

قلت : لكن المتبادر من العبارة أن المنصوص عليه في المذهب الثاني . ثم رأيت عبارة الواقعات عن الفتنة أن هذا أى ما روى عن أبي حنيفة من تفويض موته إلى رأى القاضي نص على أنه إنما يحكم بموته بقضاء الخ (قوله فإن ظهر قبله) هذه القليلة لا مفهوم لها وإن ذكرها الكثيرون سائحاتي ، ولذا قال في البحر : وإن علم حياته في وقت من الأوقات يرث من مات قبل ذلك الوقت من أقاربه اه لكن لو عاد حيا بعد الحكم بموت أقرانه قال ط : الظاهر أنه كالميت إذا أحيى ، والمترد إذا أسلم ، فالباقي في يد ورثته له ولا يطالب بما ذهب . قال : ثم بعد رقه رأيت المرحوم أبا السعود نقله عن الشيخ شاهين ونقل أن زوجته له والأولاد لثاني اه تأمل (قوله فله ذلك القسط)

(وبعده بحکم بموته فی حق ماله يوم علم ذلك) اى موت اقرانه (فتعتمد) منه (حرمه للموت ويقسم ماله بين من يرثه الآن و) بحکم بموته (فی) حق (مال غيره من حين فقده فیرد الموقوف له إلى من يرث مورثه عند موته) لما تقرر أن الاستصحاب وهو ظاهر الحال حجة دافعة لاثبتة (ولو كان مع المفقود وارث یجب به لم یعط) الوارث (شيئا ، وإن انتقص حقه) به (أعطى أقل النصيبين) وبوقف الباقي (كالحمل) وعمله الفرائض ، ولذا حذفه القدوى وغيره .

[فرع] ليس للقاضي تزويج أمة غائب ومجنون وعبد هما ، وله أن يكانتهما ويبيعهما .

كتاب الشركة

لا يخفى مناسبتها للمفقود من حيث الأمانة ، بل قد تحقق في ماله عند موت مورثه .

(هي) بكسر فسكون في المعروف

أى الموقوف له من الوصية وكذا الإرث كما علمت (قوله وبعده) اى بعد موت اقرانه وهو متعلق بقوله بحکم لا يقوله طهر لأنه بصبر المعنى وإن ظهر حيا بعد موت اقرانه بحکم بموته الخ وهو فاسد كما لا يخفى (قوله فتعتمد منه حرمه للموت) اى عدة الوفاة ويرد قسطه من الوصية إلى ورثة الموصي (قوله بين من يرثه الآن) اى حين حکم بموته لامن مات قبل ذلك الوقت من ورثته زيلعى ، وكذا يحکم بعق مديريه وأمهات أولاده في ذلك الوقت بحر (قوله من حين فقده) اى ما لم تعلم حياته في وقت كمار (قوله عند موته) اى موت المورث (قوله حجة دافعة) فدفع ثبوت حق لغيره في ماله (قوله لاثبتة) فلا يثبت له حق في مال غيره (قوله ولو كان مع المفقود وارث یجب به الخ) اى یجب ذلك الوارث بالمفقود ، ويظهر هذا من المثال السابق حيث لم يعط أولاد الابن المفقود شيئا قبل ظهور حياته لحجبهم به وأعطى البنات النصف فقط دون الثالثين ووقف لها السدس ولأولاد الابن الثلث إلى ظهور موته فإن ظهر حيا أخذ النصف الموقوف (قوله كالحمل) فإنه لو كان معه وارث لا يتغير إرثه بحال يعطى كل نصيبه ، وإن كان ينقص حقه به يعطى الأقل ، وإن كان يسقط به لا يعطى شيئا فلو ترك ابنا وزوجة حاملا تعطى الزوجة الثمن لأنه لا يتغير والابن نصف الباقي لأنه أقل من كل الباقي على تقدير موت الحمل ومن ثلث الباقي على تقدير كون الحمل أنثى ، ولو ترك زوجة حاملا وأخا شقيقا أو عما لا يعطى شيئا لاحتمال ذكورة الحمل (قوله ولذا حذفه) اى حذف قوله ولو كان مع المفقود وارث الخ (قوله فرع الخ) عزاه في الدرر إلى فصول العمادی (قوله ويبيعهما) في شرح الوهبانية عن القنية : فقدت مولانا ولا نجد نفقة ونخيف عليها القاضية فالتقاضى أن يبيعهما أو يؤجرهما من امرأة ثقة وليس له تزويجهما اه والله سبحانه أعلم :

كتاب الشركة

قبل مشروعيتها ثابتة بالكتاب والسنة والمعقول . واختلفوا في النص المقيّد لذلك : قال في الفتح : ولا شك أن مشروعيتها أظهر ثبوتا ، إذ التوارث والتعامل بها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم جرا متصل لا يحتاج فيه لإثبات حديث بعينه (قوله من حيث الأمانة) فإن مال أحد الشريكين أمانة في يد الآخر ، كما أن مال المفقود أمانة في يد الحاضر بحر ، وجعل في الفتح هذه مناسبة عامة فيهما وفي الآتي والقيط والمقطة (قوله بل قد تحقق في ماله) هذه مناسبة خاصة ، بيّنا أنه لو مات أبوه عنه وعن ابن آخر فإن مال المفقود من الشركة على تقدير حياله مشترك : اى مختلط مع مال أخيه (قوله بكسر فسكون في المعروف) كذا في الفتح : اى المشهور فيها كسر الشين

لغة الخلط ، سمي بها العقد لأنها سببه . وشرا (عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح) جوهره .
(وركتها في شركة العين اختلاطهما ، وفي العقد اللفظ المفيد له) وشرط جوازها كون الواحد قابلا للشركة
(وهي ضربان : شركة ملك . وهي أن يملك متعدد) اثنان فأكثر (عينا) أو خفطا كتوب هبه الربح في دارها
فإنهما شريكان في الحفظ فهتاني (أو ديننا) على ما هو الحق ؛ فلو دفع المديون لأحدهما فالآخر الرجوع بنصف

وسكون الرأه قال في التهر : ولك فتح الشين مع كسر الرأه وسكونها (قوله لغة الخلط) قال في الفتح : هي لغة
خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما ، وما قبل اختلاط النصيبين ناسل لأنها اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر
شركت الرجل أشركه شركا فظهر أنها فعل الإنسان وعمله الخلط . وأما الاختلاط فصفة لعمال تثبت عن فعلهما
ليس له اسم من المادة ، ونحوه فيه .

قلت : لكن الشركة قد تتحقق بالاختلاط كما يأتي ، ويلزم أن لا يكون لها اسم تأمل ، إلا أن يقال إن أهل
اللغة لا يسمونها شركة (قوله سمي بها العقد) عبارة الزيلعي : ثم يطلق اسم الشركة على العقد مجازا لكونه سببا له
(قوله لأنها سببه) الضمير الأول عائد إلى العقد بتأويل الشركة ، والثاني إلى الخلط اهـ . والأظهر تذكر
الضميرين كعبارة الزيلعي ، أو يقول لأنه سببها أي لأن العقد سبب الشركة التي حقيقتها خلط فالحالفة السببية .
من إطلاق اسم المسبب على سببه . قال في الفتح : فإذا قيل شركة العقد بالإضافة فهي إضافة بيانية (قوله وشرا)
ظاهر كلامهم اتحاد اللغوي والشرعي فإنها في الشرع تطلق على الخلط وكذا على العقد مجازا تأمل . بدليل تخصيص
لها إلى شركة عقد وشركة ملك . والثانية تكون بالخلط أو الاختلاط إلا أن يقال المراد تعريف شركة العقد فقط
لأنها التي فصلت أنواعها إلى أربعة من مفاوضة وغيرها تأمل (قوله في شركة العين) أي ما كان فيها في فائدة العقد
الذي هو عرض غير عين ، وقوله اختلاطهما أي اختلاط المالين بحيث لا يتميز أحدهما ، وعبر بالاختلاط نعا
للفتح مع أن مقتضى ما مر التعبير بالخلط تأمل (قوله اللفظ المفيد له) أي لعقد الشركة ، وهو الإيجاب والقبول
ولو معنى كما سيأتي (قوله كون الواحد الخ) كذا في البحر عن المحيط . والظاهر أن المراد بالواحد المعقود عليه
احترازا عن المباحات والنكاح والوقف ، لما سيأتي من قوله وشرطها كون المعقود عليه قابلا للوكالة ، والمراد
من قبوله الاشتراط (قوله وهي ضربان) أي الشركة من حيث هي لا بقيد كونها شركة عقد ففيه شبه الاستخدام
والإكساب من تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره (قوله شركة ملك) أي اختصاص بالإضافة بمعنى إباء كما في المعرب
فهتاني (قوله أو حفظا) دخوله في الملك المفسر بالاختصار ظاهر ، والمقصود بيان اشتراكهما في الحفظ وثبوت
الحق لهما الواحد فقط ، ولا يلزم من ذكر مسألة في باب جريان جميع أحكام الباب فيها كالدين المشترك فإنه لا تجرى
فيه جميع أحكام الدين فافهم (قوله هبه الربح) حقه أن يقال هبت به الربح لما في القاموس : الهب واضبوب
توران الربح ، وهبه هبا وهبه بالفتح وهبه بالكسر قطعه اهـ فقد جعل المتعدى بمعنى القاطع وهو غير مراد هنا
كما لا يخفى .

مطلب الحق أن الدين يملك

(قوله على ما هو الحق) قال في الفتح : إن بعضهم ذكر مع شركة الأملاك الشركة في الدين ، فقبل مجاز
لأن الدين وصفت شرعي لا يملك . وقد يقال : بل يملك شرعا ، ولذا جاز هبته ممن عليه . وقد يقال : إن الهبة
مجاز من الإسقاط ، ولذا لم تجز من غير من عليه . والحق ما ذكرنا من ملكه ، ولذا ملكه ما عنه من العين على

ما أخذ فصح ، وسيجيء متناهي الصلح وأن من حيل اختصاصه بما أخذه أن يهبه المديون قدر حصته وبه رب الدين حصته وهبانية (يارث أو بيع أو غيرها) بأى سبب كان جبريا أو اختياريا ولو متعاقبا ، كما لو اشترى شيئا ثم أشرك فيه آخر منية :

(وكل) من شركاء الملك (أجنبي) في الامتناع عن تصرف مضر (في مال صاحبه) لعدم تضمينها الوكالة (فصح له بيع حصته ولو من غير شريكه بلا إذن إلا في صورة الخلط) للمالهما بفعلهما كحظية بشعر وكبناء وشجر وزرع مشترك قهطاني ، وتامه في الفصل الثلاثين من المعادية ، ونحوه في فتاوى ابن نجيم ، وفيها بعد ورقتين أن المبطحة كذلك ،

الاشتراك حتى لو دفع الخ اه وقوله ملك ماعنه الخ أى لو صالح أحدهما عن نصيبه على عين ككوب مثلا ملكه مشتركا بينه وبين الآخر ، وتامه في الصلح قبيل التخرج (قوله وإن من حيل اختصاصه) أى اختصاص الآخذ بما أخذ دون شريكه ، وهذه الحيلة المذكورة في الفتح أيضا ، وسياق غيرها في الصلح (قوله يارث) متعلق بقوله يملك متعدد ط (قوله بأى سبب كان الخ) هو مفهوم قوله يارث أو بيع ، فإن الأول جبرى والثاني اختيارى ، ومن الأول مالو اختلط مالهما بلا صنع من أحدهما ، ومن الثاني مالو ملكا عيناهية أو استيلاء على مال حرى ، أو خلطا مالهما بحيث لا يميز كما يأتى ، أو قبلا وصية بعين لهما كما في البحر (قوله ولو متعاقبا) مرسل بقوله أن يملك متعدد ط (قوله ثم أشرك فيه آخر) سيدكر المصنف مسألة الإشتراك آخر الشركة (قوله في الامتناع) الأولى حذفه لأنه أجنبي في التصرف لاقى الامتناع عنه ، إلا أن يقال قوله أجنبي : أى كأجنبي ويكون هذا بيانا لوجه الشبه ط (قوله عن تصرف مضر) احتراز به عن غير المضر كالانتفاع ببيت وخادم وأرض في غيبة شريكه على ماسايق بيانه (قوله فصح له بيع حصته) فذرع على التقييد بمال صاحبه ط (قوله إلا في صورة الخلط) والاختلاط فإنه لا يجوز البيع من غير شريكه بلا إذنه .

والفرق أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء ، بأن اشترى حصة أو ورثاها كانت كل حصة مشتركة بينهما فبيع كل منها نصيبه شائعا جاز من الشريك والأجنبي ، بخلاف ما إذا كانت بالخلط أو الاختلاط كان كل حصة مملوكة بجميع أجزائها ليس للآخر فيها شركة ، فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه ، بخلاف بيعه من الشرك للقدرة على التسليم والتسلم اه فتح وبحر .

قلت : ومثل الخلط والاختلاط بيع مافيه ضرر على الشريك . أو البائع أو المشتري ، كبيع الحصص من البناء أو الفراس . وبيع بيت معين من دار مشتركة كما يأتى تحريره (قوله بفعلهما) احتراز عما إذا كان بفعل أحدهما بلا إذن الآخر ، فإن الخلط يملك مال الآخر ويكون مضمونا عليه بالمثل للتعلى (قوله كحظية بشعر) ومثله حظية بمحنة بالأولى لتعزز التميز ، وفي الأول بعسر (قوله وكبناء وشجر وزرع مشترك) صنيعة يقتضى أن هذا من قبيل الخلط وليس كذلك ، وإنما توقف البيع فيه من الأجنبي على إذن شريكه لتضرر الشريك بانقاع والمدم كما سياتى تفصيله اه ح .

قلت : ويمكن الجواب بأن قوله وكبناء معطوف على قول المصنف في صورة الخلط فيكون استثناء صورة أخرى وهي ما يبيع منه ضرر كما قلنا (قوله ونحوه في فتاوى ابن نجيم) أى في كتاب البيع حيث أتى بأنه لو باع أحد الشريكين في البناء حصته لأجنبي لا يجوز ولشريكه جاز ، وأتى أيضا بأنه لو باع حصته من الزرع لأجنبي بلا رضا شريكه لا يجوز ، ومفاده تقييد الأول أيضا بما إذا لم يرض الشريك أماده ح . وفي الخبرية صرحوا بأن بيع الحصص في البناء والفرس لغير الشريك لا يجوز (قوله وفيها بعد ورقتين أن المبطحة كذلك) ونصه : مثل

لكن فيها بعد ورفقین آخرين جواز بيع البناء أو الغراس المشترك في الأرض المختكرة ولو للأجنبي

في مبطحة بين شريكين باع أحدهما حصته لأجنبي بثمان معلوم بدون رضا شريكه هل يجوز البيع أم لا ؟ أجاب : لا يجوز البيع اه والمراد بالمبطحة : البطيخ المروع للأرض البطيخ إذ يبعه مع الأرض جائز . والمراد أيضا ما إذا باعه قبل التضيغ لأن فيه ضررا على الشريك بالقطع . قال في جامع الفصولين : باع نصيبه من المطبحة رضا شريكه ، فلو ضره لقطع لم يجز البيع ونصيب البائع المشتري الم يفسخ البيع والشريك أن لا يرضى به الإجازة ، إذ في قاعه ضرر والإنسان لا يجبر على تحمل الضرر اه ، ومفاده أن البيع ناسد قبل الفسخ لقوله ونصيب البائع للمشتري الخ يعني إذا قبض المبيع .

مطلب مهم في بيع الحصة الشائعة من البناء أو الغراس

(قوله لكن فيها الخ) أفنى بمثله في الفتاوى الخيرية ، واستدل إلى ما في فتاوى ابن نجيم ، وبين وجه ذلك حيث قال : سئل فيما إذا باع أحد الشركاء حصته في الغراس في الأرض مختكرة من أجنبي وأعلمه بما على الحصة من الحكم هل يجوز بيعه لكونه لا مطالب له بالقلع فلا يضر أم لا ؟ أجاب : نعم يجوز بيعه له لا يضر به . التكليف بالقلع .

ففي فتاوى الشيخ زين بن نجيم : إذا باع أحد الشريكين في البناء والغراس في الأرض مختكرة حصته من أجنبي هل يجوز البيع منه أم لا ؟ أجاب : نعم يجوز ، وكذا من الشريك ، والله أعلم اه ووجه عدم المطالبة في الأرض المختكرة بالقلع كما هو ظاهر اه ما في الخيرية . وبه طهر أنه لا مخالفة بين هذا وما تقدم ، لأن ما طرأ الفساد حصول الضرر فافهم ، ولذا قال الطرطوسي بعد كلام : فتحرر لنا من هذه القول أن بيع الحصة من الزرع والتمر والمطبخة بغير الأرض من الأجنبي أو من أحد شريكه لا يجوز ، فالو رضي الشريك ، قبل لا يجوز أيضا ، وقيل يجوز . ويظهر في التوفيق يحمل الأول على ما إذا قصد المشتري إجبار الشريك على الفسخ ، واستدل على ما إذا لم يقصد ذلك ، ويفهم هذا التوفيق من تعليل المحيط لعدم الجواز بقوله لأن فيه ضررا للإنسان لا يجبر على تحمل الضرر وإن رضي به اه ، كما قالوا فيها إذا باع نصف زرع من رجل لا يجوز ، لأن المشتري بطاله بالقلع فيتضرر البائع فيما لم يبعه وهو النصف الآخر كع الجذع في السقف : ثم إذا طالب المشتري القلع لا يجاب إليه نظرا للشريك ، لكن إن طالب هو أو البائع النقض فسخ البيع لأنه فاسد ، وإن سكت إلى وقت الإدراك انقلب جائزا لزوال المانع : وذكر في الحانية أن نصيب البائع يكون للمشتري ما لم ينقض البيع اه .

وأما بيع هذه المذكورات من الشريك كأرض بينهما فيها زرع لم يملك فباع أحدهما نصيبه من الزرع لشريكه بدون الأرض ، ففي رواية يجوز ، وفي أخرى لا وعليها جواب عامة الأصحاب ، ولكنها تعمل على ما فيه ضرر بالقلع كبيع رب الأرض من الأكثار حصته من الزرع أو التمرة فلا يجوز لأنه يكلف الأكثار القلع فيتضرر . أما لو باع الأكثار لرب الأرض فإنه يجوز اتفاقا والدليل قول المحيط لأن البائع يطالبه بالقلع ليفرغ نصيبه من الأرض ، ولا يمكن ذلك إلا بقلع الكل فيتضرر المشتري فيما لم يشتره وهو نصيب نفسه اه كلام الطرطوسي ملخصا ثم حرر أن حكم الغراس كالزروع ، وهذا كله فيما إذا لم يملك الزرع والتمر ، وإلا جاز لعدم الضرر بالقلع كما سيذكره الشارح عن الفتاوى : إذا بلغت الأشجار أو أن القطع جاز الشراء وإلا فسد ، ومثله الزرع كما في بيوع البحر عن الوالوجية :

ففيه ، فلا يجوز بيعه إلا بإذنه ، ولو كانت الدار مشتركة بينهما باع أحدهما بيتا معينا أو نصيبه من بيت معين فلا يخلو أن يبطل البيع .

والحاصل أن ما نلغ أن أوان قطعه يصح بيع الحصة منه للشريك ولغيره ولو بلا إذن الشريك لعدم الضرر وإلا لم يجوز بيعه من الأجنبية بلا إذن الشريك ، فلو بإذنه لم يجوز إن كان مراد المشتري إجبار الشريك على القلع ، وإلا بأن سكت إلى وقت الإدراك يجوز ، وعلى هذا ما كان في الأرض المشتركة لأنه معد للبقاء للقطع فلا يتضرر أحدهما ، فلو أراد القطع قبل بلوغ أوانه لا يجاب إلى ذلك ، وإذا طلب أحدهما فسخ البيع يجاب لأنه فاسد ، وإنما يتقلب جائزا إذا سكت إلى وقت الإدراك . وأما البناء فذكر الطرطوسي أنه إما أن تكون الأرض لهما أو لغيرهما أو لأحدهما ، فإن كانت لهما ففي المحيط أنه لو باع أحدهما حصته من البناء فقط لأجنبي لم يجوز ولو بإذن الشريك لأن البائع مطالبته بالمدم وكذا لو كان الكل له فباع نصفه من رجل لأن المشتري يطالبه بالمدم فيتضرر البائع فيها لم يبعه ، ولو باع من شريكه في رواية جاز ، وفي أخرى لاواختارها أبو البيث لأن البائع يطالبه بضرر نصيبه من الأرض وإن كانت الأرض لغيرهما ففي البدائع والمخلاصة : لو باع لأجنبي لم يجوز لأنه لا يمكن تسليمها إلا بضرر وهو نقض البناء ، ومتقضاء أنه لشريكه يجوز ، لكن ينبغي حله على ما لا ضرر فيه كما لو استعارها للبناء مدة ومضت المدة لأن البائع لاحق له في الأرض فلا يمكنه مطالبة المشتري بالقطع ، بخلاف الأرض المستأجرة لبقاء حقه في الأرض إلا أن يؤجره نصيبه منها قبل البيع ، وكذا لو كانت الأرض مضمونة لأن البناء غير مستحق للبقاء بل للقبض فهو كالمنازع حقيقة فيصح بيعه ولو لأجنبي ، ومثله الأحكام التي يدفع لها كل سنة مبلغ معلوم بلا إجارة شرعية فينبغي أن يكون كالمضمونة لأنه مستحق للقطع ، وإن كانت الأرض لأحدهما ، فإن باع أحدهما لأجنبي لا يجوز ، وإن لشريكه ينبغي الجواز سواء كان البائع صاحب الأرض أو الآخر لأن البناء هنا لا يكون إلا بطريق الإباحة فهو مستحق القلع ، بخلاف الزرع في أرض أحدهما فإنه بطريق المزارعة وهي عقد لازم فالزرع مستحق البقاء ، فلذا لم يصح بيع صاحب الأرض حصته في الزرع للمزارع وصح العكس لعدم الضرر ، هذا خلاصة ماحرره الطرطوسي في أنفع الوسائل .

قلت : والعرف الآن في العمارة أنها تنفي في أرض الوقف أو أرض بيت المال بعد استئجار أرض الوقف مدة طويلة على مذهب من يراها ، فإذا باع حصته من البناء لأجنبي بعد ما أحكره الحصة من الأرض أو فرغ له عن حق تصرفه في الأرض السلطانية بإذن المتكلم عليها صح لعدم الضرر ، وكذا لو تأخر الإحكار أو الفراغ عن البيع لارتفاع الفساد كما مر فيها لو باع حصته من الشجر قبل الإدراك ولم يطلب القلع إلى الإدراك ، وعلى هذا فامر عن البدائع والمخلاصة من عدم الجواز للأجنبي ينبغي حله على ما إذا كانت الأرض مستعمرة بقرية التعليل وذلك لأن المشتري غير مستعمر ولا بد من تسليم المبيع فلا بد من المدم ، وفيه ضرر على الشريك ، بخلاف ما إذا كانت في أرض وقف أو أرض سلطانية لأنه يمكن تسليم المبيع مع الأرض فيقوم المشتري مقام البائع إذا كان قصده إبقاء البناء وتزول حلة الفساد التي ذكرها ، وهذا ما استند إليه الخبير الرملي في حلة الجواز تبعا لابن نجيم كما مر ، لكنه سوى بين الفراس والبناء ، فيحمل ما مر من عدم الجواز في الفراس الذي لم يبلغ أوان القطع على ما إذا كانت الأرض للبائع ، وقد استوفينا الكلام على هذه المسائل في كتابنا [العقود الدرية تقييح الفتاوى الحامدية] راجعه (قوله فقيه) أشار به إلى وجه التوفيق الذي ذكرناه بين كلامي ابن نجيم (قوله فلا يجوز بيعه إلا بإذنه) راجع إلى قوله إلا في صورة الخلط وما بعده امح وقد سقط في بعض النسخ من هنا إلى قوله والاختلاط (قوله فلا يخلو أن يبطل البيع) كذا في غالب كتب المذهب محلين يتضرر الشريك بذلك عند القسمة ، إذ لو صح في نصيبه لتعين

وفي الواقعات : دار بين رجلين باع أحدهما نصيبه لآخر لم يجوز ، لأنه لا يخلو إما إن باعه بشرط الترك أو بشرط القلع أو الهدم . أما الأول فلا يجوز لأنه شرط منفعة للمشتري سوى البيع فصار كشرط إجارة في البيع ، ولا يجوز بشرط الهدم والقلع لأن فيه ضررا بالشريك الذي لم يبيع :

وفي الفتاوى : مشجرة بين قوم باع أحدهم نصيبه مشاعا والأشجار قد انتهت أوان القطع حتى لا يضرها بقطع جاز الشراء ، وللمشتري أن يقطع لأنه ليس في القسم ضرر .

وفي النوازل : باع نصيبه من المشجرة بلا أرض بلا إذن شريكه ، إن بلغت أوان إقطاعها حاز البيع لأنه لا يتضرر المشتري بالقسمه وإن لم تبلغ فقد لتضرره بها . وفيها : باع بناء بلا أرضه على أن يشترك المشتري البناء فالبيع فاسد عمادة من الفصل الثالث من مسائل الشيوع (والاختلاط) بلا صنع من أحدهما فلا يجوز بيعه إلا بئذنه لعدم شيوع الشركة في كل حبة ، بخلاف نحو حمام وطاحون وعبد ودابة حيث يصح بيع حصته اتفاقا كما بسطه في بعض فتاويه . ثم الظاهر أن البيع ليس بقيد ، بل المراد الإخراج عن الملك ولو بهبة أو وصية ،

نصيبه فيه ، فإذا وقعت القسمة للدار كان ذلك ضررا على الشريك إذ لا سبيل إلى جمع نصيب الشريك فيه واعتبر هذه ، لأن نصيبه للمشتري ولا جمع نصيب البائع فيه لفوات ذلك ببيع النصيب ، وإذا سلم الأمر من ذلك انتهى ذلك وسهل طريق القسمة كذا في الخيرية من البيع (قوله باع أحدهما نصيبه) أي من البناء ونقط كما هو صريح العمادة ، أما بيع النصيب من الدار بتمامها فلا مانع من جوازه أعاده ح (قوله بشرط القلع والهدم) أي قلع الأخشاب أو هدم البناء والعمارة . والذي في ح عن العمادة والهدم بالواو (قوله كشرط إجارة) أي كذا لو باع البناء واشترط عليه إجارة الأرض وهو مفسد للعقد لأن فيه منفعة لأحد المتعاقدين (قوله باع أحدهم نصيبه) أي من الشجر ، وبه عير في شرح المتنط (قوله قد انتهت أوان القطع) الأولى قد انتهى أوان قطعها ، وهذا إنما يظهر في شجر يراد منه القطع ، بخلاف ما يراد منه الثمر (قوله حتى لا يضرها) أي لا يضر الأشجار : وفي نسخة لا يضرهما بضمير التثنية : أي لا يضر الشريك والمشتري (قوله والمشتري أن يقطع) أي بعد القسمة ط (قوله وفي النوازل) هو عين ما في الفتاوى ط ، لكن أعاده لأن فيه التصريح بقوله بلا أرض . وبقوله بلا إذن شريكه .

ومفاده أنه لو باع نصيبه من الأرض والشجر يصح وإن لم يبلغ أوان القطع لأنه ليس لأحدهما أن يطالب شريكه بالقلع ، لأن مانعته ملكه فلا يضر أحدهما كما في أنفع الوسائل من المحيط ، وأنه لو باع بإذن شريكه أو من الشريك نفسه أنه يصح أيضا ، وتقدم الكلام عليه (قوله وفيها الخ) هي مسألة الواقعات ط (قوله والاختلاط بلا صنع من أحدهما) كما إذا انشق الكيسان فاختلف ما فيهما من الدراهم ط عن التثنية (قوله لعدم شيوع الشركة الخ) يشير إلى الفرق الذي قدمناه على الفتح والبحر (قوله حيث يصح بيع حصته) أي من غير شريكه ط (قوله كما بسطه المصنف في فتاويه) حاصل ما بسطه ، هو ما قدمناه من ذكر الفرق بين المشترك بالخلط والاختلاط والمشارك بغيرهما كإرث ونحوه وأنه لا يشترط في حصة البيع الإفراز عند التسليم لانفاقهم على حصة بيع مشاع لا يمكن إفرازه كالحمام والطاحون والمبد والدابة (قوله ثم الظاهر أن البيع) أي الواقع في قول المصنف فصح له بيع حصته الخ وهذا مأخوذ من البحر ، لكن إخراج المشترك عن الملك بهية يشترط له كونه غير قابل للقسمة كبيت صغير وحمام وطاحون ، أما قابلهما فلا يصح ما لم يقسم فبصير كالمشترك بخاط أو اختلاط وبعد القسمة لاحتاجة إلى إذن الشريك

ونعمامه فی [الرسالة المباركة ، فی الأشياء المشتركة] وهي نفعة لمن ابتلى بالإفتاء . وزاد الوافی الشفعة أيضا فراجعه .
وأما الانتفاع به بغية شريكه ففي بيت وخادم وأرض ينفع بالكل إن كانت الأرض ينفعها الزرع وإلا لا بحر ،
بخلاف الدابة ونحوها ، ونعمامه فی الفصل الثالث والثلاثين من الفصولين

تأمل (قوله ونعمامه فی الرسالة المباركة إلى قوله وأما الانتفاع) ساقط من بعض النسخ قال فی النهر ، وباقی الأحكام
فی الأشياء المشتركة ببناء مستوفی فی [الرسالة المباركة فی الأشياء المشتركة] فعليك بها تردد بها بهاء ، فإنها لمن ابتلى
بالإفتاء نافعة ، وأنوار القول عليها ساضعة (قوله وراود الوافی) أى محشى الدرر حيث قال : قوله إلا فی صورة
الخلط الاختلاط اعترض عليه بأنه ينبغي أن يشير إلى استثناء صورة الشفعة أيضا ، فإنهما لو ورثا أرضا لا يجوز
أن يبيع أحد الوارثين حصته من الأرض من غير شريكه إلا بإذنه ، ولا ينبغي أن هذه الصورة غير خارجة عن صورة
الاحتلاص اه وفيه تأمل ، بل هذه الصورة من الشراكة بسبب جبري . فإذا آلت لإيهاب الإلزام جزل لكل التصرف
فی حصته وإن كان لشريكه الشفعة ط .

قلت : ويؤيده أن قوله إلا فی صورة الخلط والاختلاط استثناء من صحة البيع بلا إذن الشريك .
وحاصله توقف صحة على إذن الشريك . وهذا لا يتأتى فی الشفعة فإن بيع الحصه من الدار صحيح وإن كان
لشريك حق الثلث بالشفعة ، فإنه إذا ادعى الشفعة بتملكها ملكا جديدا . وإن سكت يبقى ملك المشتري على حاله
سواء أذن أولا (قوله وأما الانتفاع الخ) محترز قوته عن تصرف مضر (قوله ففي بيت وخادم الخ) قال فی جامع
المصولين : وفي الكرم يقوم غيبه . فإذا دركت ثمرة يبيعه وأخذ حصته ويقت حصه الغائب فإذا قدم الغائب أجاز
بيعه أو حصته القبيحة : ولو أدى الخراج فتمزج . أرض بينهما زرع أحدهما كلها تنقسم الأرض بينهما فما وقع فی نصيبه
أقر وما وقع فی نصيب شريكه أمر ببقائه ومضى نصيب الأرض هذا إذا لم يدرك الزرع ، فلو أدرك أقرب بغرم
الزارع لشريكه ففان قصدوا انتفعت لأمر غاصب فی نصيب شريكه اه .

قلت : هذا إذا كان الشريك حاضرا كما قيده فی الحائية لأقسامه الأرض لا يتكون مع الغائب ، ولأنه لا يكون
عاصيا فی صورة الغيبة والإلمام يمكن له زراعته . ثم يمكن كونه غاصبا لو كانت الزراعة تنقصها ، لقوله فی الفصولين
ويبقى بأنه لو علم أن الزرع ينقص الأرض ولا ينقصها فله أن يزرع كلها ، ولو حضر الغائب فله أن ينفع بكل الأرض
مثل تلك المدة لرضا الغائب في مثله دلالة . ولو علم أن الزرع ينقصها أو التزم ينفعها ويزيدها فوله فليس للحاضر أن يزرع
فيها شيئا أصلا إذ الرضا لم يثبت ، وكذا لو مات أحدهما فللشريك أن يزرع اه .

قلت : وفي الغيبة لا يلزم الحاضر في الملك المشترك أجر ، وليس للغائب استعماله بقدر تلك المدة لأن المهايأة
بعد الخصومة اه ، وهذا وافق لما سأتى آخر الباب عن المنظومة المحببة ، لكنه يخالف لما مر ولما ذكره
فی تنوير البصائر عن الحاية أن الدار كالأرض وأن للغائب أن يسكن مثل ما سكن شريكه وأن المشايخ استحسنوا
ذلك وهكذا روى عن محمد ، وعليه الفتوى اه وسأتى نعمامه فی النصيب (قوله ينفع بالكل) فی الحائية :
للحاضر أن يسكن كل الدار بقدر حصته . وفي رواية : له أن يسكن منها قدر حصته ، ولو تخاف أن تخرب الدار له
أن يسكن كلها اه .

والفرق بين الرايين أن الرواية المشهورة أنه لو كان له نصف الدار مثلا يسكنها كلها مدة بقدر حصته كنصف
سنة ويتركها نصف سنة : وعلى الرواية الثانية يسكن نصفها فقط . وهذا إذا لم يخف خرابها بالترك ، فلو تخاف
يسكنها كلها دائما . وذكر فی الفصولين وكذا فی الخادم يستخدمه الحاضر بحصته ، ومقتضاه أنه يستخدمه يوما
ويتركه يوما بقدر حصه الغائب . فإصلاح الشارح في محل التقييد (قوله بخلاف الدابة) لتفاوت الناس في الركوب

وشركة عقد (أى واقعة بسبب العقد قابلة للوكالة .
(وركنها) أى ماهيتها (الإيجاب والقبول) ولو معنى ، كما لو دفع له ألفا وقال أخرج مثلها واشتر والربح بيننا .
(وشرطها) أى شركة العقد (كون المعقود عليه قابلا للوكالة) فلا تصح في مباح كاحتطاب (وعدم مايقطعها
كشرط دواهم مسماة من الربح لأحدهما) لأنه قد لا يربح غير المسمى (وحكمها الشركة في الربح ، وهى) أربعة :
مفاوضة ، وضمان ، وقبول ، ووجوه ، وكل من الأخيرين يكون مفاوضة وعنانا كما سيبيح

لا السكنى والاستخدام فصولين ، وهذا ظاهر إذا كان يسكن وحده ، أما لو كان له أولاد وعيال كثيرون لاشك
أن السكنى تغتصم أكثر من الركوب ، وكذا الاستخدام يتفاوت بكثرة الأعمال والأشغال فليتأمل ، وأفاد في شرح
الوهبانية أن المنع في الركوب خاصة لا في غيره كالحرث ونحوه (قوله أى واقعة بسبب العقد) أشار به إلى أن الإضافة
من الإضافة إلى السبب وهى أقوى الإضافات ، وقد سلفه عن الكمال أن الإضافة للبيان ط (قوله قابلة للوكالة)
ينفى عنه قول المصنف بعد وشرطها كون المعقود عليه قابلا للوكالة ط (قوله الإيجاب والقبول) كأن يقول أحدهما
شاركك في كذا وقيل الآخر ، ولفظ كذا كناية عن الشيء أعم من أن يكون خاصا كائز والقبول ، أو عام ،
كما إذا شاركه في عوم التجارات بحر (قوله ولو معنى) يرجع إلى كل من الإيجاب والقبول ط (قوله كما لو دفع له
ألفا) أى وقبل الآخر وأخذها وفعل انعقدت الشركة بحر . وقوله وأخذها عطف تمهيد ، لأن المراد اقترابه .
وهو بنفس الأخذ .

مطلب شركة العقد

(قوله وشرطها المنع) أفاد أن كل صور عقود الشركة تتضمن الوكالة وذلك ليكون ما يستفاد به صرفه مشترك
بينهما ، فيتحقق حكم عقد الشركة المطلوب منه وهو الاشتراك في الربح ، إذ أولم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه
في النصف وأصيلا في الآخر لا يكون استفاد مشتركا لاختصاص المشتري بالمشتري فصح (قوله كاحتطاب)
واحتماش واصطياد وتكد فإن الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب فصح .
(قوله وحكمها الشركة في الربح) الواو للحال ط : أى فيلزم انتفاء حكمها أولم يربح غير المسمى ، وبحمل كون
الواو للعطف على قوله وشرطها .

مطلب اشتراط الربح متفاوتا صحيح ، بخلاف اشتراط المحصران

[تنبيه] ويندب الإشهاد عليها ، وذكر محمد كيفية كتابتهم فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على
نقوى الله تعالى وأداء الأمانة ثم بين قدر رأس مال كل منهما ويقول ذلك كله في أيهما يشتركان به وبينهما جميعا وشرقي
ويصل كل منهما برأيه ويبيع بالتقد والنسبة ، وهذا وإن ماكه كل بمطابق عقد الشركة إلا أن بعض العلماء يقول
لا يملكه إلا بالتصريح به ثم يقول : فأكان من ربح فهو بينهما على قدر رؤوس أموالهما ، وما كان من وضعية
أوتبة فكل ذلك ، ولا خلاف أن اشتراط الوضعية بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط الربح متفاوتا عندنا صحيح
فيما سيذكر ، فإن اشتراط التفاوت فيه كناية كذلك ، ويكتب التاريخ كي لا بدعى أحدهما لنفسه حقا فها اشتراه الآخر
قبل التاريخ فصح (قوله وهى) أى شركة العقد ، وقوله أربعة جبر عنه ، وقول المصنف إما مفاوضة مع ما عطف
عليه بدل منه تأمل (قوله وكل من الأخيرين) أى القبول والوجوه فهى حيثل ستة ولا يخفى ما فيه من الركافة فكان

(إما مفاوضة) من التفويض، بمعنى المساواة في كل شيء، (إن تضمنت وكالة وكفالة) لصحة الوكالة بالمجهول ضمنا لا قصدا (وتساويا مالا) تصح به الشركة، وكذا وبها كما حققه الوافي (وتصرفا ودينا) لا يجزئ أن التساوى في التصرف يستلزم التساوى في الدين، وأجلاها أبو يوسف مع اختلاف الملة مع الكراهة. (فلا تصح) مفاوضة وإن صحت عنانا (بين حر وعبد) ولو مكاتبا أو مأذونا (وصبي وبالغ ومسلم وكافر) لعدم المساواة،

عليه أن يقول وهي ستة: شركة بالمال والأعمال ووجوه، وكل إما مفاوضة أو عنان كما قال الشيخان الطحاوي والكرخي، وجرى عليه الزيلعي وغيره، نعم ما فعله الشارح حسن من حيث أن قول المصنف إما مفاوضة وإما عنان خاص بشركة المال بدليل قوله بعده وإما تقبل وإما وجوه فقد دفع ما يوهمه المتن من أن الآخرين لا يكونان مفاوضة ولا عنانا فافهم، وسندكر أن شروط المفاوضة في المواضع الثلاثة مختلفة، وأن الظاهر أنها في الآخرين مجاز.

مطلب في شركة المفاوضة

(قوله من التفويض) أو من الفرض الذي منه فاض الماء: إذا عم فتح، ولذا قال في الهداية لأنها شركة عامة في جميع التجارات. وفي القاموس: المفاوضة الاشتراك في كل شيء المساواة اه لكنها في الاصطلاح أخص لأنه لا يلزم فيها مساواتهما في العقار والعروض كما أفاده ط (قوله إن تضمنت وكالة وكفالة) أي بأن يكون كل واحد منهما فيها وجب لصاحبه منزلة الوكيل، وفيها وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه غانية. وقد اعترض ذكر الوكالة بأنه لا عائدة فيه لأنه لا يختص المفاوضة. وأجاب في النهر بأنه لا بدع في ذكر شرط الشيء وإن كان شرطاً لاخر اه على أن الشرط مجموع الوكالة والكفالة وهذا خاص بالمفاوضة (قوله لصحة الوكالة بالجميع ضمنا) جواب عما ورد من أن الوكالة بالمجهول لا تصح:

وأورد أيضا أن الكفالة لا تصح بدون قبول المكفول له وهو هنا مجهول. وأجيب بمثل ما أجاب به الشارح فكان عليه أن يذكر الكفالة أيضا، لكن قال في البحر عقب الجواب المذكور: على أن الفتوى في الكفالة على الصحة: أي بلا توقف على القبول، وسبقه إلى هذا في الدور، فلا اعتراض بها ساقط من أصله فلذا لم يذكرها الشارح، لكن فيه اشتباه، وهو أن الواقع هنا جهالة المكفول له. ولا خلاف في أن العلم به شرط، وإنما الخلاف في اشتراط قبول الكفالة فقبل بشرط وعليه المتن ومصحوه، وقبل غير شرط ومصح أيضا (قوله تصح به الشركة) صفة لقوله مالا، احتراز به عما لو اختص أحدهما بملك عرض أو حقل كما يأتي أودين كما في الخاتمة أي قبل قبضه، فلو قبضه بطلت وانقلبت عنانا، إذ تشتط المساواة ابتداء وبقاء كما يأتي (قوله كما حققه الوافي) أخذنا من كونها عبارة عن المساواة في جميع ما يتعلق به الشركة وقال فلذا لم يتعرضوا له.

قلت: في الخاتمة ويشترط المساواة في الربح أيضا (قوله يستلزم في الدين) لأن الكافر إذا اشترى خرا أو خنزيرا لا يقدر المسلم أن يبيعه وكالة من جهته، فيفوت شرط التساوى في التصرف ابن كمال (قوله مع الكراهة) لأن الكافر لا يتعدى إلى الجائر من العقود زيلعي (قوله ومسلم وكافر) أفاد أنها تصح بين ذميين كنصراني ومجوسي كما في الخاتمة (قوله لعدم المساواة) فإن العبد لا يملك التصرف والكفاية إلا بإذن المولى بخلاف الحر والصبي لا يملك الكفالة أصلا وملك التصرف بإذن المولى، بخلاف البالغ والكافر يقدر على تمليك الخمر وتملكها، بخلاف المسلم

وأفاد أنها لاتصح بين صبيهن لعدم أهليتهما للكفالة ولا مأذونين لتفاوتهما قيمة (وكل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ، ولا يشترط ذلك في العنان كان عتانا) كما مر (لاستجاء شرائطه) كما سيوضح .

(وتصح) المفاوضة (بين حنفي وشافعي) وإن تفاوتوا مصرفا في متروك التسمية لتساويهما ملة ، وولاية الإلزام بالحجة ثابتة (ولا تصح إلا بلفظ المفاوضة) وإن لم يعرفا معناها سراج (أو بيان) جميع (مقتضياتها) إن لم يذكر لفظها ، إذ العبرة للمعنى لا للمبنى ، وإذا صحت (فما اشتراه أحدهما يقع مشتركا إلا طعام أهله وكسوتهم)

أفاده في الدر والنهر . وفي عبارة ح هنا سقط فتنبه (قوله وأفاد) أي بالادلة الأولية (قوله لعدم أهليتهما للكفالة) أي ولو بإذن الولي نهر (قوله ولا مأذونين) ولا مكاتبين نهر ولا بين حر ومكاتب ، ولا بين مجنون وعقل ح عن الهندية (قوله لتفاوتهما قيمة) أي فلنهما وإن كانا أهلا للكفالة بالإذن إلا أسهما بتفاضل في أهلهما بتفاوتان قيمة فلم يتحقق كون كل منهما كفيلا بجميع المارم صاحبه نهر ، لأنه إذا استغرق الدين رقبتهما يتعلق بقبضتهما فيلزم مطالبة الأكثر قيمة بأكثر من الآخر (قوله ولا يشترط ذلك في العنان) حلة حاله احترز بها عما يشترط في العنان أيضا كعدم اشتراط دراهم معلومة من الربح لأحدهما فلا تكون عتانا أيضا (قوله كما مر) في قوله وإن صحت عتانا ح (قوله لاستجاء شرائطه) أي شرائط العنان (قوله كما سيوضح) أي في قوله فتصح من أهل التوكيل وإن لم يكن أهلا للكفالة ح (قوله لتساويهما ملة الخ) جواب عما استدلل به لأبي يوسف على جوازها بين مسلم وكافر بإدعاء امارق . قال و الفتح : وأما الحنفي والشافعي فالمساواة بينهما ثابتة لأن الدليل على كونه ليس مالا متفقوما قائم . وولاية . الإلزام بالحجة ثابتة بالحداد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعي كالحنفي اه أي بخلاف الكافر . فإن الدليل على منع بيع الخمر والخنزير وإن كان قائما لكنه لم يلزم ملتأحق نلزمه بالدليل (قوله وإن لم يعرفا معاده) لأن لفظها علم على تمام المساواة في أمر الشركة فإذا ذكر اه ثبتت أحكامها إقامة للعقد مقام المعنى فتح (قوله أو بيان جميع مقتضياتها) بأن يقول أحدهما وهما حران بالغان مسلمان أو ذميان ، شاركتك في جميع ما أملك من نقد وقدر ما تملك على وجه الفويض العام من كل منا للآخر في التجارات والقدر والنسيئة ، وعلى أن كلا ضامن عن الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع فتح .

• مطلب فيما يقع كثير في الفلاحين مما صورته شركة مفاوضة •

[تنبيه] يقع كثيرا في الفلاحين ونحوهم أن أحدهم يموت فتقوم أولاده على تركته بلا قسمة ويعملون فيها من حرث وزراعة وبيع وشراء واستدانته ونحو ذلك ، وتارة يكون كبيرهم هو الذي يتولى مهماتهم ويعملون عنده بأمره وكل ذلك على وجه الإطلاق والتفويض ، لكن بلا تصريح بلفظ المفاوضة ولا بيان جميع مقتضياتها مع كون الشركة أغلبها أو كلها عروض لا تصح فيها شركة العقد ، ولا شك أن هذه ليست شركة مفاوضة ، خلافا لما أفق به في زماننا من لا خبرة له بل هي شركة ملك كما حررت في تصحيح الحامدية . ثم رأيت التصريح به بعينه في فتاوى الحانوتي ، فإذا كان سبهم واحدا ولم يتميز . أحصله كل واحد منهم بعمله يكون ما جمعه مشتركا بينهم بالسوية وإن اختلفوا في العمل والرأى كثرة وصوابا كما أفق به في الخيرية . وما اشتراه أحدهم لنفسه يكون له وبضمن حصة شركائه من ثمنه إذا دفعه من المال المشترك ، وكل ما استدانه أحدهم بطلب به وحده :

وقد سئل في الخيرية من كتاب الدعوى عن إسخوة أشقاء عائلتهم وكسبهم واحد وكل . فوض لأخ : جميع التصرفات ادعى أحدهم أنه اشترى بستانا لنفسه . فأجاب : إذا قامت البيئة على أنه من شركة المفاوضة تقبل وإن كتب في

استحسانا لأن المعلوم بدلالة الحال كالمشروط بالمقال ، وأراد بالمستثنى ما كان من حوائجه ولو جارية للوطء بإذن شريكه كما يأتي (وللبائع مطالبة أيهما شاء بشئهما) أي الطعام والكسوة (ويرجع الآخر) بما أدى (عل المشتري بقدر حصته) إن أدى من مال الشركة (وكل دين لزم أحدهما بتجارة) واستقراض (وغصب) واستهلاك (وكفالة بمال

صك التابع أنه اشترى لنفسه اهـ ملخصا وبأن تمام الكلام في أول الفصل الآتي (قوله استحسانا) والقياس أن يكون الطعام المشتري والكسوة المشتراة بينهما لأنهما من عقود التجارة فكان من جنس ما يتناولوه عقد الشركة زيلعي (قوله لأن المعلوم الخ) لأن كلامهما لم يقصد بالمفاوضة أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه ولا يتمكن من تحصيل حاجته إلا بالشراء فصارت كل منهما مستثناة هذا القدر من تصرفه والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء المشروط دور (قوله ما كان من حوائجه) مثل شراء بيت السكنى والاستئجار للسكنى أو للركوب لحاجته كالخروج وعبه وكذا الإدام بحر (قوله ولو جارية للوطء) لكن هنا لا يرجع شريكه عليه بشئ من ثمنها المؤدى من مال الشركة (قوله كما يأتي) أي في الفصل الآتي (قوله أيهما شاء) أي المشتري بالأصالة وصاحبه بالكفالة دور (قوله عما أدى) الأولى حذفه لبشمل ما لو أدى المشتري ، نعم يفهم ذلك دلالة وفي ط عن الشلبي قال في التنايع : وإن نقد الثمن من مال الشركة ضمن نصفه لصاحبه ، فإذا وصل إلى يده بطلت المفاوضة لأنه فضل مال شريكه والنضل في المال يبطل المفاوضة اهـ (قوله بقدر حصته) بدل من قوله بما أدى (قوله إن أدى من مال الشركة) وإن أدى من غيره وهو ملك له لا يرجع بطلت المفاوضة إن كان من جنس ما تنص فيه الشركة لأنه بدخوله في ملكه زاد ماله وإلا فلا يبطل ، كما إذا دفع عرضا كالألاني في ط (قوله وكل دين لزم أحدهما الخ) يستثنى ما إذا كان الدائن الشريك ، لما في الظهيرية : لو باع أحدهما من صاحبه ثوبا ليقطعه قيمتها لنفسه أو أمانة ليطأها أو طعاما لأهله جاز البيع ، بخلاف ما إذا باعه شيئا من الشركة لأجل التجارة اهـ ففي صورة الجواز لزمه الثمن ولم يلزم شريكه ، أفاده في البحر :

قلت : ويكون الثمن نصفه له ونصفه لشريكه كما ذكره الحاكم في الكافي ، وإنما جاز البيع لأن ذلك بما يختص به المشتري فلا يقع مشتركا بينهما حيث اشتراه لنفسه ، بخلاف ما إذا اشتراه للتجارة فإنه لا يصح لأنه لا يفيد ، إذ لو صح عاد مشتركا بينهما كما كان ، ولهذا قال في الكافي . وإن كان لأحدهما عبد ميراث فاشتراه الآخر للتجارة جاز وكان بينهما اهـ . ووجهه أن الشراء هنا مفيد لأنه لم يكن مشتركا قبل الشراء ، هذا ما ظهر لي (قوله بتجارة) كنس المشتري في بيع جائز وقيمته في فاسد ، سواء كان مشتركا أو نفسه ، وأجرة ما استأجره لنفسه أو حاجة التجارة ، وكذا مهر المشاركة الموطوءة لأحدهما إذا استحقت فلم تستحق أن يأخذ أيهما شاء بالمقر لأنه وجب بسبب التجارة ، بخلاف المهر في النكاح بحر (قوله واستقراض) هو ظاهر الرواية ، وليس لأحدهما الإفراض في ظاهر الرواية بحر ، وسبب تمام الكلام عليه (قوله وغصب) المراد به ما يشبه ضمان التجارة ، فيدخل فيه الاستهلاك والوديعة المحجودة أو المستلثة ، وكذا العارية ، لأن تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تملك الأصل فيصير في معنى التجارة بحر . وعليه فالأولى أن يقول بتجارة أو ما يشبهها كاستقراض وغصب الخ ، وخرج الأصل ما يشبه ضمان التجارة كهر وبدل خلع أو جنابة كما يأتي (قوله وكفالة بمال بأمرة) هذا قول الإمام . وقالا : لا يلزم الآخر لأنها تبرع ، وله أنها تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، لأن للكفيل تضمين المكفول عنه لو كانت بأمرة ، بخلاف كفالة النفس لأنها تبرع ابتداء وانتهاء ، وكذا كفالة المال بلا أمر ، فلا يلزم صاحبه

بأمره لزم الآخر ولو) لزومه (بإقراره) إلا إذا أقر لمن لا تقبل شهادته له ولو معتدته فيلزمه خاصة كبر وخلف وجتابة وكل ما لا تصح الشركة فيه (و) فائدة اللزوم أنه (إذا ادعى على أحدها فله تخفيف الآخر) ولو ادعى على الغائب له تخفيف الحاضر على علمه، ثم إذا قدم له تخفيفه ألبته ولو الجالبة (و) بطلت إن وهب لأحدهما أو ورث ما تصح فيه الشركة) مما يجيء ووصل ليده ولو بصدقة أو إيصاء لفوات المساواة بقاء وهي شرط كالأبداء (لا) يبطل بقبض (مالا تصح فيه) الشركة (كعرض وعقار، و) إذا بطلت بما ذكر

في الصحيح لانعدام معنى المفاوضة، وتماه في الفتح (قوله ولو لزومه) أي لزوم ما ذكر من الثلاثة بإقراره : أي فإنه يكون عليهما لأنه أخبر عن أمر يملك استثنائه بحر عن المحيط، وسند كرفي الفروع أن إقراره بالاستقراض يلزمه خاصة، وبأن تمامه، وما ذكره من لزومه بالأقرار في شركة المفاوضة، أما العنان فلا يمضي إقراره على شريكه بل على نفسه على تفصيل سنذكره عند قول المصنف لإقراره بدين (قوله لمن لا تقبل شهادته له) كأصوله وفروعه وامرأته، وعندهما يلزم شريكه أيضا إلا لعده ومكاتبه بحر (قوله ولو معتدته) أي عن كبح، فأو أعتق أم ولده ثم أقرها بدين يلزمهما وإن كانت في عدته لأن شهادته لها جائزة، بخلاف المعتدته عن نكاح في ظاهر الرواية بحر (قوله وخلع) على تقدير مضاف : أي بدل خلع، كما لو عقدت امرأة شركة مفاوضة مع آخر ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها، وكذا لو أقرت ببذل الخلع فتح (قوله وجتابة) أي أرض جتابة على الآدمي، أما الجتابة على الدابة أو الثوب فيلزم شريكه في قول الإمام ومحمد، لما أنه يملك الجتابة عليه بالضمان نهر عن الحدادي (قوله وكل ما لا تصح الشركة فيه) كالصالح عن دم العمد وعن النفقة بحر (قوله وصدقة اللزوم الخ) بيان لوجه الفرق بين ما يلزم أحد الشريكين بمباشرة الآخر وما لا يلزمه (قوله أنه إذا ادعى على أحدهم) أي ادعى عليه بيعة أو نحوه فله تخفيف الآخر : أي الذي لم يباشر العقد، لكن يخلف المباشر على البيت أي بطله بأن يخلف إلى ما بعتك مثلا لأنه فعل نفسه ويخلف الآخر على العلم، بأن يخلف إلى لا أعلم أن شريكك بعتك، ويخلف الآخر لأن الدعوى على أحدهما دعوى عليهما، قال في البحر : ولو ادعى عليهما يستحلف كل واحد البتة لأن كل واحد منهما يستحلف على فعل نفسه فأيهما نكل عن التيمين يمضي الأمر عليهما، لأن إقرار أحدهما كإقرارهما، وهذا لو كان كل من المدعى عليهما مباشرين كما يفيد التعليل، فلو كان المباشر أحدهما يخلف الآخر على العلم لأنه فعل غيره كما لا يخفى (قوله ولو ادعى على الغائب) أي على فعل الغائب، بأن ادعى على الحاضر بأن شريكك الغائب باعني كذا (قوله له تخفيف الحاضر على عامه) لأنه فعل غيره بحر (قوله له تخفيفه البتة) لأنه يستحلفه على فعل نفسه بحر، قال ح، أي التيمين البتة، فالبتة قائم مقام المفعول المطلق المحذوف قيام الصفة مقام الموصوف اه. قال في البحر : ولو ادعى على أحدهما أرض جراحة خطأ واستحلفه البتة لم يكن له تخفيف الآخر، وكذا المهر والخلع والصالح عن دم العمد لأن هذه الأشياء غير داخلة تحت الشركة فلا يكون فعل أحدهما كفعلهما (قوله وبطلت إن وهب الخ) لو قال وبطلت إن ملك أحدهما البيع لكانت أصغر وأقود لضموله ما ذكره الشارح من الصدقة والإيصاء ط عن أبي السعود (قوله مما يجيء) أي في قوله ولا تصح مفاوضة وعنان بغير التقدين الخ ط (قوله ووصل ليده) مقتضاه اشتراط ذلك في الموروث أيضا، ورد في الشر نيلالية بأن الملك حصل بمجرد موت المورث اه ح وهو محمول على التقدين العين، بخلاف الدين لقول الزيلعي : ولو ورث أحدهما ديناً وهو دراهم أو دنائير لا يبطل حتى نقبض، لأن الدين لا تصح الشركة فيه أفاده ط عن أبي السعود (قوله كعروض) أدخلت الكاف الديون فإنها لا تبطل بها إلا بالنقبض ط عن البحر (قوله بما ذكر) أي بملك

(صارت عنانا) أى تنقلب إليها .

(ولا تصح مفاوضة وعنان) ذكر فيها المال وإلا فهما تقبل ووجوه (بغير التقدين والفاوس النافقة والنهر والنفرة) أى ذهب وفضة لم يضربا (إن جرى) بجرى النقود (التعامل بهما) وإلا فكعروض (وصحت بعرض) هو المتاع غير التقدين وبمرك قاموس (إن باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقداها) مفاوضة أو عنانا ، وهذه حيلة لصحتها بالعروض وهذا إن تساويا قيمة ، وإن تفاوتتا باع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة ابن كمال ، فقلوه بنصف عرض الآخر اتفاقا

أحدها مانصح فيه الشركة ط (قوله صارت عنانا) لعدم اشتراط المساواة فيها ط عن المنع (قوله ذكر فيها المال) لاجتاجة إليه لأن الكلام في شركة الأموال اه ح أى لما قدمنا من أن قوله إما مفاوضة وإما عنان خاص بشركة المال بدليل عطفه عليه قوله وتقبل ووجوه . وقد تابع الشارح النهر والدرر (قوله بغير التقدين) فلا تصحان بالعرض ولا بالملك والموزون والعدد المتقارب قبل الخلط بجنسه ، وأما بعده فكذلك في ظاهر الرواية فيكون المخلوط شركة ملك وهو قول الثاني . وقال محمد : شركة عقد ، وأثر الخلاف يظهر في استحقاق الشروط من الربح ، وأجمعوا أنها عند اختلاف الجنس لا تنعقد نهر (قوله والفاوس النافقة) أى الرائجة ، وكان يغني عنه ما بعده من التقيد بجرى التعامل والجواز بها هو الصحيح لأنها أتمان باصطلاح الكل فلا تبطل ما لم يصطلح على ضده نهر (قوله والنهر والنفرة) في المغرب : النهر مالم يضرب من الذهب والفضة والنفرة القطعة المذابة منها اه . زاد في المصباح : وقيل الذوب هى النهر ، فا ذكره الشارح يصلح تفسيرهما لأخذ عدم الضرب في كل منهما لكن الفرق بينهما أن النهر لم يذب في النار تأمل (قوله إن جرى التعامل بهما) قيد بذلك زيادة على ما في الكنز لبواطن الرواية المصححة كما أوضحه في البحر (قوله وصحت) أى شركة الأموال سواء كانت مفاوضة أو عنانا بقرينة قوله ثم عقداها مفاوضة أو عنانا ط (قوله إن باع كل منهما النخ) لأنه بالبيع صار بينهما شركة ملك حتى لا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر ثم بالعقد بعده صارت شركة عقد فيجوز لكل منهما التصرف زيلعى (قوله بنصف عرض الآخر) وكذا لو باعه بالدرهم ثم عقد الشركة في العرض الذى باعه جاز أيضا زياعى وبحر ، وقوله الذى باعه يعنى الذى باع نصفه بالدرهم (قوله وهذا) أى بيع النصف بالنصف (قوله بقدر ما تثبت به الشركة) أوضحه في النهاية بأن تكون قيمة عرض أحدها أربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة ، فإنه يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح كله بينهما على قدر رأس مالهما اه . ورده الزيلعى بأن هذا الحمل غير محتاج إليه ، لأنه يجوز أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر وإن تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين وكذا العكس جائز ، وهو ما إذا كانت قيمتهما متساوية فباعه على التفاوت ، بأن باع أحدهما ربع ماله بثلاثة أرباع مال الآخر ، فعلم بذلك أن قوله باع نصف ماله النخ وقع اتفاقا أو قصدا ليكون شاملا بالمفاوضة والعنان ، لأن المفاوضة شرطها التساوى بخلاف العنان اه وأقره في البحر ولا يخفى ما فيه ، فإن ماصوره في النهاية هو الواقع عادة لأن صاحب الأربعمائة مثلا لا يرضى في العادة ببيع نصف عرضه بنصف عرض صاحب المائة حتى يصير العرضان بينهما نصفين وإن أمكن ذلك ، لكن مطلق الكلام يحمل على المتعارف ، ولذا حلوا ما في المتن من بيع النصف بالنصف على ما إذا تساويا قيمة فافهم (قوله اتفاقا) أى لم يقصد ذكره لفائدة ، وقد علمت أن قائلته موافقة للعادة وشمله للمفاوضة أى نصا ، بخلاف ما إذا قال باع بعض عرضه ببعض عرض الآخر ، فإنه وإن شمل المفاوضة أيضا

(ولا تصح بمال غائب أو دين مفاوضة كانت أو عنانا) لتعذر المضى على موجب الشركة .

(وإما عنان) بالكسر وتفتح (إن تضمنت وكالة فقط) بيان لشروطها (فتصح من أهل التوكيل) كصبي ومعتوه يعقل البيع (وإن لم يكن أهلا للكفالة) لكونها لا تنقض الكفالة بل الوكالة (و) لذا (تصح) عاما

لكن لا يشملها إلا إذا أريد بالبعض النصف دون الأقل والأكثر فافهم ، نعم هو اتفاق بالنظر إلى جواز بيع نصفه بالدرهم كما مر .

مطلب لا تصح الشركة بمال غائب

(قوله ولا تصح بمال غائب) بل لابد من كونه حاضرا والمراد حضوره عند عقد الشراء لا عند عقد الشركة ، فإنه لو لم يوجد عند عقدها يجوز ، ألا ترى أنه لو دفع إلى رجل ألفا وقال أخرج مثلها واشتر بها والحاصل بيسا أصفا ولم يكن المال حاضرا وقت الشركة فبهن المأمور على أنه فعل ذلك وأحضر المال وقت الشراء جاز حر عن الزاوية ومثله في الفتح وغيره ، لكن نقل في البحر أيضا عن الفقيه ما يفيد فسادها بالإفراق بلا دفع ثم عقدها وقت حضور المال .

[فرع] دفع إلى رجل ألفا وقال اشتر بها بئني وبيك نصيبين والربح لنا والوضعية علينا فهناك ادال قبل الشراء وبضمن وبعده ضمن المشتري النصف بحر عن الخيرة :

قلت : ووجهه أنه لما أمره بالشراء نصيبين صار مشتريا للنصف وكالة عن الآمر وللنصف أصالة عن نفسه وقد أوفى الحق من مال الآمر فيضمن حصه نفسه ، والظاهر أن هذه شركة ملك لاشركة عقد كما سيوضح قبل الفروع وليست مضاربة لما قلنا فتنبه لذلك فإنه يقع كثيرا (قوله على موجب الشركة) أي من البيع والشراء بالمال والربح به :

مطلب في شركة العنان

(قوله وإما عنان) مأخوذ من عن كذا : عرض أى ظهر له أن يشاركه في البعض من ماله ، وتماه في النهر (قوله من أهل التوكيل) أى توكيل غيره ، فتصح من الصبي المأذون بالتجارة وفي حكمه المعتوه (قوله لكونها لا تنقض الكفالة) أى بخلاف المفاوضة كما مر ، فلا ذكر الكفالة مع توفر باقي شروط المفاوضة انعقدت مفاوضة ، وإن لم تكن متوفرة كانت عنانا ثم هل تبطل الكفالة ؟ يمكن أن يقال تبطل وأن يقال لا تبطل لأن المعتبر فيها أى في العنان عدم اعتبار الكفالة لاعتبار عدمها . قال في الفتح : وقد يرجع الأول بأنها كفالة بمجهول فلا تصح إلا ضمننا ، فإذا لم تكن مما تضمنها الشركة لم يكن ثبوتها إلا قصدا اه نهر .

قلت : لكن في الخاتمة : ولا يكون في شركة العنان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه إذا لم يذكر الكفالة بخلاف المفاوضة اه ومقتضاه أنه يكون كفيلا إذا ذكر الكفالة ، وهذا ترجيح للاحتيال الثاني ، ولعل وجهه أن الكفالة متى ذكرت في عقد الشركة تثبت تبعها وضمنها لا قصدا ، لأن الشركة لاتنافي الكفالة بل تسددها ، لمكنها لا تثبت فيها إلا باقتضاء اللفظ لما كلفظ المفاوضة أو يذكرها في العقد تأمل (قوله ولذا) أى لكونها لا تنقض الكفالة ، ومقتضاه أنها لو اقتضتها لم تصح خاصة أى في نوع من أنواع التجارة ولا مؤقتة بوقت خاص . قال ح وهذا يقتضي أن المفاوضة لاتكون خاصة مع أنها تكون كما صرح به في البحر اه .

وخاصا وطلاقا ومؤقتا و (مع التفاضل في المال دون الربح وعكسه ، وبيع بعض المال دون بعض ، وبخلاف الجنس كدنانير) من أحدهما (ودرهم من الآخر ، و) بخلاف (الوصف كبعض وسود

مطلب في توقيت الشركة روايتان

ثم إذا وقتها فهل تنوقت بالوقت حتى لا تبقى بعد مضيه ؟ فيه روايتان كما في توقيت الوكالة ، وتماه في البحر عن المحيط ولم يذكر ترجيحها ، وجزم في الخالية بأنها تنوقت حيث قال : والتوقيت ليس بشرط لصحة هذه الشركة والمضاربة ، وإن وقتنا لذلك وقتا بأن قال ما اشترت اليوم فهو بيننا صبح التوقيت ، فما اشتراه بعد اليوم يكون للشري خاصة ، وكذا لو وقت المضاربة لأنها الشركة توكيل والوكالة مما يتوقف اه لكن سيذكر الشارح في كتاب الوكالة عن البرازية الوكيل إلى عشرة أيام وكيل في العشرة ويدها في الأصح تأمل (قوله ومع التفاضل في المال دون الربح) أي بأن يكون لأحدهما ألف وللآخر ألفان مثلا واشترط التساوي في الربح ، وقوله وعكسه : أي بأن يتساوى المالان ويتفاضلا في الربح ، لكن هذا مقيد بأن يشترط الأكثر للعامل منهما أولا كثرهما عملا ، أما لو شرطاه للقاعد أولا فلهما عملا فلا يجوز كما في البحر عن الزيلعي والكمال : قلت : والظاهر أن هذا محمول على ما إذا كان العمل مشروطا على أحدهما .

وفي النهر : اعلم أنهما إذا شرطا العمل عليهما إن تساويا مالا وتفاوتا ربعا جاز عند علمائنا الثلاثة بخلافا لربح والربح بينهما على ما شرطوا وإن عمل أحدهما فقط ، وإن شرطاه على أحدهما ، فإن شرطوا الربح بينهما بقدر رأس ما ضما جاز ، ويكون مال الذي لا عمل له بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعة ، وإن شرطوا الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ، ولو شرطوا الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ، والله والوضعية بينهما على قدر رأس مالهما أبدا هذا حاصل مافي العناية اه مافي النهر :

قلت : وحاصل ذلك كله أنه إذا تفاضلا في الربح ، فإن شرطوا العمل عليهما سوية جاز : ولو تبرع أحدهما بالعمل وكذا لو شرطوا العمل على أحدهما وكان الربح للعامل بقدر رأس ماله أو أكثر ولو كان الأكثر الغير العامل أولا فلهما عملا لا يصح وله ربح ماله فقط ، وهذا إذا كان العمل مشروطا كما يفيد قوله إذا شرطوا العمل عليهما الخ فلا ينافي ما ذكره الزيلعي في كتاب المضاربة من أنه إذا أراد رب المال أن يجعل المال مضمونا على المضارب أقرضه كله إلا درهما منه وسلمه إليه وعقد شركة العنان ثم يدفع إليه الدرهم ويعمل فيه المستقرض ، فإن ربح كان بينهما على ما شرطوا ، وإن هلك هلك عليه اه ورأيت مثله في آخر مبسوط السرخسي .

ووجه عدم المناقاة أن العمل هنا لم يشترط على أحد في عقد الشركة بل تبرع به المستقرض ، فيجوز لصاحب الدرهم الواحد أن يأخذ من الربح بقدر ما شرط من نفعه أو أكثر أو أقل وإن لم يكن عاملا ، ويؤيد هذا التوفيق ما ذكره في البحر قبيل كتاب الكفالة في بحث مالا يبطل بالشرط القاسد ، حيث قال مانصه : قوله والشركة بأن قال شاركك على أن تهديني كذا ، ومن هذا القبيل مافي شركة البرازية لو شرطوا العمل على أكثرهما مالا والربح بينهما لصعين لم يجوز الشرط والربح بينهما أثلاثا اه .

وقد وقعت حادثة تورم بعض حنفية العصر أنها من هذا القبيل وليس كذلك ، هي تفاضلا في المال وشرطوا الربح بينهما لصعين ثم تبرع أحدهما مالا بالعمل . فأجبت بأن الشرط صحيح لعدم اشتراط العمل على أكثرهما

وإن تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرط (و) مع (عدم الخلط) لاستناد الشركة في الربح: إلى العقد لا المال

مالا والربح ليس من قبيل الشرط . والدليل عليه ما في بيوع الذخيرة : اشترى خطبا في قرية شراء صحبها وقال موصولا بالشراء من غير شرط في الشراء حمله إلى منزلي لا يفسد العقد ، لأن هذا ليس بشرط في البيع ، بل هو كلام مبتدأ بعد تمام البيع فلا يوجب فسادا اهـ هذا كلام صاحب البحر وهو صريح فيها ذكرناه من التوفيق ، والله تعالى الخفي :

وبني ما يقع كثيرا ، وهو أن يدفع رجل إلى آخر ألفا يقرضه نصفها ويشاركه على ذلك على أن الربح ثلثا للدافع وثلثا للمستقرض فهنا تساوي في المال دون الربح وهي صورة العكس . وصريح ما مر عن الزبلي والكمال أنه لا يصح للدافع أخذ أكثر من نصف الربح إلا إذا كان هو العامل ، فلو كان العامل هو المستقرض كما هو العادة كان له نصف الربح بقدر ماله ، لكنه محمول على ما إذا شرط العمل عليه وإن لم بشرط صح التفاضل كما علمت من التوفيق :

وبما يكثر وقوعه أيضا أنه يكون لأحدهما ألف فيدفع له آخر ألفين ليعمل بالكل وبشرط الربح أثلاثا . وهذا جائز أيضا حيث كان الربح بقدر رأس المال كما مر في عبارة النهر . فلو شرطا الربح أرباعا مع اشتراط العمل لم يصح كما يفيد التقييد بكونه بقدر رأس ماله ، ومثله قول الظهيرية . وإن اشترطا الربح على فاجر رأس ماله أثلاثا والعمل من أحدهما كان جائزا

[تنبيه] علم مما مر أن العمل لو كان مشروطا وعليهما لا يلزم اجتماعهما عليه كد هو صريح قوله وإن عمل أحدهما فقط ، ولذا قال في البرازية : اشتركا وعمل أحدهما في غيبة الآخر فلما حضر أعطاه حصته ثم غاب الآخر وعمل الآخر فلما حضر الغائب أبي أن يعطيه حصته من الربح . إن كان الشرط أن يعمل جميعا وشقي فما كان من تجارتها من الربح بينهما على الشرط عملا أو عمل أحدهما ، فإن مرض أحدهما ولم يعمل وعمل الآخر فهو بينهما اهـ : والظاهر أن عدم العمل من أحدهما لا فرق أن يكون بعذر أو بدونه كما صرح بمثله في البرازية في شركة التعليل معللا بأن العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه واستحقاقه الربح بحكم الشرط في العقد لا العمل اهـ ولا ينبغي أن العلة جارية هنا .

مطلب في تحقيق حكم التفاضل في الربح

(قوله وإن تفاوتت قيمتهما) راجع لخلاف الجنس والوصف ، واحترز به عن المفاوضة فإنه لا بد فيها من تساوى القيمة فيما في ظاهر الرواية كما في البحر فافهم (قوله والربح على ما شرط) أي من كونه بقدر رأس المال أولا ، لكنه محمول على ما علمته من التفصيل المار ، وأعاده مع قوله مع التفاصيل في المال دون الربح للتصريح بأن هذا الشرط صحيح فافهم ، نعم ذكره بين المتعاطفات غير مناسب ، وقيد بالربح لأن الوضعية على قدر المال وإن شرطا غير ذلك كما في المتن وغيره (قوله ومع عدم الخلط) فيه إشعار بأن المفاوضة يشترط فيها الخلط ، وهذا قياس . وفي الاستحسان لا يشترط كما في المبسوط وغيره عن التهستاني (قوله لاستناد الشركة في الربح إلى العقد لا المال) لأن المقد يسمى شركة ولا بد من تحقق معنى الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا بحر فلو كان لأحدهما مائة درهم وللآخر مائة دينار فاشتريا بها فهو على قدر المال وكذا لو اشتريا بالدرهم متاعا ثم بالدنانير آخر فوضعا أي خسرا في أحدهما وربحا في الآخر فهو على قدر ماله اهـ ، ملخصا من كتاب الحاكم

(٤٠ - سحابة ابن أبيه - ٤)

فلم يشترط مساواة واتحاد وخلق (ويطالب المشتري بالثمن فقط) لعدم تضمن الكفالة (ويرجع على شريكه بحصته منه إن أدى من مال نفسه) أى مع بقاء مال الشركة وإلا فالشراء له خاصة لتلا بصير مستدينا على مال الشركة بلا إذن بحر

(قوله فلم يشترط الخ) تفرغ على قوله ومع التفاضل وماعطف عليه (قوله فقط) قيد للمشتري أى ولا يطالب شريكه الآخر (قوله لعدم تضمن الكفالة) هذا إذا لم يذكر الكفالة كما قد بناء عن الخاتمة :

مطلب في دعوى الشريك أنه أدى الثمن من ماله

(قوله ويرجع إلى شريكه بحصته منه) أى بحصة شريكه من الثمن، لأن المشتري وكيل عنه في حصته، فيرجع عليه بحسبه إن أدى من مال نفسه، وإن من مال الشركة لم يرجع، وإن كان شراؤه لا يعرف إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدعى وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر بيمينته كما في المنع ونحوه في الزيلعي .
وبقي ماله صدقه في الشراء للشركة وكذبه في دعوى الأداء من مال نفسه . قال الخبير الرملي في حاشية المنع :
وبدئ بطهر أن القول للمشتري، لأنه لما صدقه الآخر في الشراء ثبت الشراء للشركة وبه يثبت نصف الثمن بدمته ، ودعواه أنه دفع من مال الشركة دعوى وفاته فلا تقبل بلا بينة ، ولذا قالوا إذا لم يعرف شراؤه إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدعى وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر وهنا ليس منكرًا بل مقر بالشراء الموجب لتعلق الثمن بدمته ، وله تخليفه أنه مادفعه من مال الشركة اه .

ثم لا يخفى أنه في صورة ما إذا كذبه في الشراء للشركة ، إن كان ما اشتراه هالكا فظاهر ، وإن كان قائما فهو له ، وإن كذبه في أصل الشراء وادعى أنه من أعيان فالقول للمشتري إن كان المال في يده ، لما سبأ في الفروع أنه لو قال ذو اليد استقرضت ألفا فالقول له وبأني بيانه .

مطلب ادعى الشراء لنفسه

وأما لو ادعى الشراء لنفسه للشركة ، ففي الخاتمة : اشترى معا فبالآخر هو من شركتنا وقال المشتري هو لي خاصة اشتريته بمالي لنفسى قبل الشركة فالقول له بيمينته بالله ما هو من شركتنا لأنه حر يعمل لنفسه فيها اشترى اه . والظاهر أن قوله قبل الشركة احتراز عن الشراء حال للشركة ، ففيه تفصيل ذكره في البحر عن المحيط وهو أنه لو من جنس تجارتهما فهو للشركة وإن أشهد عند الشراء أنه لنفسه لأنه في النصف بمقالة الوكيل بشراء شيء معين وإن لم يكن من تجارتهما فهو له خاصة اه :

قلت : ويخالفه مافي فتاوى قاري الهداية : إن أشهد عند الشراء أنه لنفسه فهو له ، وإلا فلن نقد الثمن من مال الشركة فهو للشركة اه لكن اعترض بأنه لم يستند لنقل فلا يعارض مافي المحيط . وقد يجاب بحمله على ما إذا لم يكن من جنس تجارتهما تأمل :

وبقي شيء آخر يقع كثيرا ، وهو ماله اشترى أحدهما من شريكه لنفسه هل يصح أم لا لكونه اشترى ما يملك بعضه ، والذي يظهر لي أنه يصح لأنه في الحقيقة اشترى نصيب شريكه بالحصة من الثمن المسمى وإن أوقع الشراء في الصورة على الكل : ثم رأيت في الفتح من باب البيع الفاسد لو ضم ماله إلى مال المشتري وباعهما بمقد واحد صح في ماله بالحصة من الثمن على الأصح ، وقيل لا يصح في شيء اه ملخصا . ورأيت في بروع الصبرية أيضا : اشترى نصف دار مشاعا ثم اشترى جميعها ثانيا قال يجوز في النصف الباقي وفي فتاوى الصبري لا يجوز اه (قوله وإلا)

(وتبطل) الشركة (بهلاك المابين أو أحدهما قبل الشراء) 'والهلاك على مالكة قبل الخلط وعليهما بعده (وإن اشترى أحدهما بماله وهلك) بعده (مال الآخر) قبل أن يشترى به شيئا (فالمشترى) بالفتح (بينهما) شركة عقد على مشروطا (ورجع على شريكه بحصته منه) أى من الثمن لقيام الشركة وقت الشراء (وإن هلك) مال أحدهما (ثم اشترى الآخر بماله ، فإن صرحا بالوكالة في عقد الشركة) بأن قال على أن ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا نهر و صدر الشريعة (فالمشترى مشترك بينهما على مشروطا)

أى إن لم يبق مال الشركة : أى لم يكن في يده مال ناضب صار مال الشركة أعيانا وأمتعة فاشترى بدراهم أو دنائير نسبة فالشراء له خاصة دون شريكه ، لأنه لو وقع على الشركة صار مستدينا على مال الشركة وأحد شريكي العيان لا يملك الاستدانة إلا أن يأذن له في ذلك بجر من المبط .

مطلب فيما يبطل الشركة

(قوله وتبطل بهلاك المابين الخ) لأن المقود عليه فيها هو المال : وببطل العقل بهلاك المقود عليه كما في البيع ، وسيدكر المصنف تمام المطالات في الفصل الآتي (قوله أو أحدهما قبل الشراء) لأنها لما بطلت في الهالك بطلت فيما يقابله لأنه ماضى بشركة صاحبه في ماله إلا بشركته في ماله (قوله والهلاك على مالكة) فلا يرجع بتصف الهالك على الشريك الآخر حيث بطلت الشركة ولو الهالك في يد الآخر ، لأن المال في يده أمانه ، بخلاف مالوهالك بعد الخلط لأنه يهلك على الشركة لعدم التمييز ط عن الإتقاني . قال وظاهره أنه إذا تميز بعد الخلط كدراهم بدنانير فهو كمدم اختلف اه . وفي كافى الحاكم : لو خلف الدراهم كان الهالك منها عليهما والباقي بينهما إلا أن يعرف كل شئ من الهالك أو الباقي من مال أحدهما بعينه فيكون ذلك له وعليه ، والفاق من الهالك والقائم بينهما على قدر ما اختلف ولم يعرف اه مخصصا (قوله وإن اشترى أحدهما) بيان لفهوم نقيض الهالك بما قبل الشراء (قوله بعده) أى بعد الشراء ، ونبه زيادته على أن الواو هنا للترتيب احترازا عما لو هلك قبله كما يأتي (قوله فالمشترى بينهما) لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك بجر (قوله شركة عقد على مشروطا) أى من الربيع ، وأيهما باع جاز بيعه وهذا عند محمد . وعند الحسن بن زياد هي شركة ملك فلا يصح تصرف أحدهما إلا في نصيبه وظاهر كلام كثير ترجيح قول محمد كما في التهر (قوله ورجع على شريكه بحصته منه) لأنه وكيل في حصته شريكه وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسبه . وفي المحيط : لأحدهما مائة دينار قيمتها ألف وخمسةائة وللآخر ألف درهم وشرطا الربيع والوضعية على قدر المال فاشترى الثاني جارية ثم هلك الدنانير فالجارية بينهما وربحها أخاسا ثلاثة أخماسه للأول وخمسةا للثاني ، لأن الربيع يقسم على قدر ماليتها يوم الشراء ويرجع الثاني على الأول بثلاثة أخماس الألف لأنه وكيل عنه بالشراء في ثلاثة أخماس الجارية وقد نقد الثمن من ماله ، ولو كان على عكسه رجع صاحب الدنانير على الآخر بنحو مسمى الثمن أربعون دينارا ؛ ولو اشترى كل واحد منهما بماله غلاما وقبضا وهلكا يهلكان من مالهما لأن كل واحد حين اشترى كانت الشركة بينهما قائمة اه بجر ملخصا (قوله لقيام الشركة الخ) حلة لكون المشتري بينهما كامرا ، وأما حلة الرجوع فكونه وكيلًا كما علمت (قوله بأن قال) الأولى قالا كما في عبارة التهر : وأفاد بهذا التصور أنه ليس المراد من التصريح بالوكالة ذكر لفظها بل ما يشمل معناها (قوله لكل منهما) الأولى كل منافاداه ح (قوله بماله هذا) قيد به لأن فرض المسألة في عقد الشركة على مال مخصوص لا لكونه قيدا في ثبوت الوكالة صريحا فافهم :

فی أصل المال لا الربح لصيرورتها (شركة ملك لبقاء الوكالة) المصرح بها ويرجع بحصة ثمنه (والا) أي إن ذكرا مجرد الشركة ولم يتصادقا على الوكالة فيها ابن كمال (فهو لمن اشتراه خاصة) لأن الشركة لما بطلت بطل ما ضمنها من الوكالة (وتقتصد باشتراط دراهم مائة من الربح لأحدهما) لقطع الشركة كما مر لا لأنه شرط لعدم فسادها بالشروط ، وظاهره بطلان الشرط لا الشركة بمر ومصنف .

قلت : صرح صدر الشريعة وابن الكمال بفساد الشركة ويكون الربح على قدر المال (ولكل من شريكي العنان والمفاوضة أن يتأجر) من يتجر له أو يحفظ المال (ويبيع) أي يدفع المال بضاعة ، بأن يشترط الربح لرب المال (ويودع)

مطلب اشتراكا على أن ما اشتريا من تجارة فهو يفتنا

قال في الولو الجية : رجل قال لغيره ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك أو اشتراكا على أن ما اشتريا من تجارة فهو ليسا يجوز ولا يحتاج فيه إلى بيان الصفة والقدر والوقت ، لأن كلا منهما صار وكيلاً عن الآخر في نصف ما يشترطه وغرضه بذلك تكثير الربح وذلك لا يحصل إلا بعموم هذه الأشياء أو وسيأتي تمامه في الفصل :
فت : وهذه الشركة تقع في زماننا كثيرا يكون أحد الشريكين في بلدة والآخر في بلدة يشترى كل منهما ويرسل إلى الآخر لبيع ويشترى لكنها شركة ملك والغالب أنهما يعتقدان بينهما شركة عقد بمال متساو أو متفاضل منهما ويجهلان الربح على قدر رأس المال ويقسمان ربح الشركتين كذلك ، وهذا صحيح في شركة العقد لأن شركة الملك لأن الربح فيها على قدر الملك فإذا شرطوا شراء بينهما متصفة يكون الربح كذلك إلا إذا شرطوا الشراء على قدر مال شركة العقد فيكون الربح على قدر المال في الشركتين فتنبه لذلك فإنه يقع كثيرا ويفضل عنه (قوله لا للربح) فإنه يكون بقدر المال (قوله لصيرورتها الخ) علة لقوله لا الربح وقوله لبقاء الوكالة علة لقوله مشترك بينهما (قوله ولم يتصادقا على الوكالة) عبارة ابن كمال ولم ينصاعا على الوكالة فيها ط (قوله كاسر) أي في قوله وعدم ما يقطعها الخ وأشهر به إلى أن التصريح بفسادها بما ذكر مفرع على ما قدمه من أنه يشترط فيها عدم ما يقطعها فليس ذلك تكرارا محضا فافهم . وبيان القطع أن اشتراط عشرة دراهم مثلا من الربح لأحدهما يستلزم اشتراط جميع الربح له على تقدير أن لا يظهر ربح إلا العشرة والشركة تقتضي الاشتراك في الربح وذلك يقطعها فتخرج إلى الفرض أو البضاعة كما في المتع (قوله لا لأنه شرط الخ) يعني أن علة الفساد ما ذكر من قطع الشركة وليست العلة اشتراط شرط فاسد فيها لأن الشركة لا تنفسد بالشروط الفاسدة ، والمصرح به أن هذه الشركة فاسدة ، فقوله قلت : الخ تأييد لقوله لا لأنه شرط الخ . وأما قوله وظاهره : أي ظاهر قوله لعدم فسادها بالشروط فلا محل له للاستفناء عنه بما قبله (قوله ويكون الربح على قدر المال) أي وإن اشترط فيه التفاضل ، لأن الشركة لما فسدت صار المال مشتركا شركة ملك والربح في شركة الملك على قدر المال ، وسيأتي في الفصل أنها لو فسدت وكان المال كله لأحدهما فلا يخفى أجر مثله (قوله ولكل من شريكي العنان الخ) هذا كله عند عدم التهي . ففي القمع : وكل ما كان لأحدهما إذا ناه عنه شريكه لم يكن له فعله ، ولهذا لو قال له اخرج لدمياط ولا تجاوزها فجاوزها فهلك المال ضمن حصة شريكه لأنه نقل حصته بغير إذنه ، وكذا لو ناه عن بيع الفئنة بعدما كان أذن له فيه .

قلت : وسيأتي في المضاربة أنه إذا صار المال حروضا لا يصبح نهى المضارب عن البيع نسبية لأنه لا يملك حظه في هذه الحالة . وظاهره أن الشركة ليست كذلك لأنه يملك فسدها مطلقا كما سيأتي في الفصل (قوله ويبيع الخ) في القاموس : البايض الشريك أو المراد هنا دفع المال لآخر ليعمل فيه على أن يكون الربح لرب المال ولا شيء

وبعير (وبضارب) لأنها دون الشركة فتضمنتها (وبوكل) أجنبيا يبيع وشراء - ولونهاه المفاوض الآخر صح
نهبه بحر (وببيع) بما عز وهان خلاصة (وبندق ونسبة) بزازية (وبسافر) بالمال له حل أولا هو الصحيح ، خلافا
للأشياء . وقيل إن له حل يضمن وإلا لا ظهيرية ، ومؤنة السفر والكراء من رأس المال إن لم يربح خلاصة .
(لا) يملك الشريك (الشركة) إلا بإذن شريكه جوهره

للعامل بحر (قوله وبعير) فلو أعار دابة فغطيت تحت المستعير فالقياس أن يضمن المعير نصف شريكه . ولكني
أستحسن أن لا أضمنه ، وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، وكذلك لو أعار ثوبا أو دارا أو خادما
بحر عن كافي الحاكم (قوله وبضارب) أي يدفع المال مضاربة وهو الأصح . أما إذا أخذ مالا مضاربة ، وإن
أخذ ليتصرف فيها ليس من تجارتها فالربح له خاصة ، وكذا فيما هو من تجارتها إذا كان بمحصرة صحه ، ولو
مع غيبته أو مطلقا كان الربح بينهما نصفه لشريكه ونصفه بين المضارب ورب المال ، كذا في محيط نهر . وقوله
أو مطلقا : أي عن التقييد بكونه من تجارتها (قوله لأنها) أي المضاربة دون الشركة الكون الوضعية تزم شريك
ولا تلزم المضارب فتضمن الشركة المضاربة فتح (قوله وبوكل) لأن التوكيل بالبيع والشراء من أعمال إدارة
والشركة انعقدت لها ، بخلاف التوكيل صريحا بالشراء ليس له أنه بوكل به لأنه عقد خاص طلب به شراء شيء
بعينه فلا يستنع مثلته فتح (قوله ولونهاه المفاوض الآخر) التقييد بالمفاوض وبكون النهي عن التوكيل انقضى
لما مر أن كل ما كان لأحدهما فعلة يصح نهى الآخر عنه ط .

أقول : سياق كلام البحر يقتضي أن هذا خاص بالمفاوضة خلافا لما فهمه كذا يعلم من مراجعة البحر الكس
بمخالفة ما في الخاتمة في فصل العنان : ولو وكل أحدهما رجلا يبيع أو شراء وأخرجه الآخر عن الوكالة صار خارا
عنها ، فإن وكل البائع رجلا يتقاضى ثمن مباح فليس للآخر أن يخرجها عن الوكالة أي ليس لأحدهما قبض
ثمن مباحه الآخر ولا الخاصصة فيه كما يأتي قريبا ، فكذا ليس له إخراج وكيله بالقبض . ثم لا يخفى أن الفهم
المنصوب في قول الشارح ولونهاه عائد إلى الوكيل كما هو صريح عبارة الخاتمة لئلا الموكل حتى يكون الهى عن
التوكيل ويكون التقييد فيه اتفاقا فافهم (قوله وببيع بما عز وهان) أي له أن يبيع بثمن زائد ونقص ، قيد بالبيع
لأن الشراء لا يجوز إلا بالمعروف كما في الرمي عن المنع عن الجوهره . وسيدكر الشارح في كتاب الوكالة أن الوكيل
له البيع بما قل أو كثر وبالعرض ، وخصه بالقيمة والنقد ، وبه يفي بزازية اه ومقتضاه أن المقي به هنا كذلك
لكن ذكر العلامة قاسم هناك تصحيح قول الإمام وإنه أصبح الأقوال فافهم . وفي البحر عن البرازية : وإن باع
أحدهما متاعا ورد عليه قبله جاز ولو بلا قضاء ، وكذا لو حط أو أخر من عيب وإن بلا عيب جاز في حصته وكذا
لو وهب ، ولو أقر ببيع في متاع باعه جاز عليهما اه وبأي تمام ذلك قيل قوله وهو أمين (قوله وبندق ونسبة)
متعلق بقوله يبيع . وأما الشراء ، فإن لم يكن في يده دراهم ولا دنانير من الشركة فاشترى بدراهم أو دنانير فهو له
خاصة ، لأنه أو وقع مشتركا تضمن إيجاب مال زائد على الشريك وهو لم يرض بالزيادة على رأس المال ولو الخاتمة
ومفاده أنه لو رضى وقع مشتركا لأنه يملك الاستدانة بإذن شريكه كما قدمناه عن البحر عن الضبط ، ومنه ما ساقى
قبيل الفروع عن الأشياء وبأي تمامه ، وما مر من التفصيل في الشراء إنما هو في شركة العنان أما في المفاوضة فهو
عليها مطلقا كما في الخاتمة (قوله خلافا للأشياء) الذى فيها هو مائقله عقبه عن الظهيرية (قوله ومؤنة السفر الخ)
أي ما أنفق على نفسه من كرائته ونفقته وطعامه وإدامه من حلة ورأس المال في رواية الحسن عن أبي حنيفة . قال
محمد : وهذا استحسان ، فإن ربح نحسب المدة من الربح وإن لم يربح كانت من رأس المال خاتمة (قوله لا يملك
الشريك) أي شريك العنان بقية قوله أما المفاوضة الخ . وفي الخاتمة من فصل العنان : ولو شارك أحدهما شركة

(و) لا (الرهن) إلا بإذنه أو يكون هو العاقد في موجب الدين، وحيفت فيصبح إقراره (بالرهن والارتهان) سراج (و) لا (الكتابة) والإذن بالتجارة (وتزويج الأمة) وهذا كله (لو عتانا) أما المفاوض فله كل ذلك . ولو فاقض إن بإذن شريكه جاز وإلا تنعقد عتانا بحر .

(ولا يجوز لها) في عتانا ومفاوضة (تزوج العبد ولا الاعتاق) ولو على مال (و) لا (الهبة) أي لثوب ونحوه فلم يجوز في حصة شريكه ، وجاز في نحو لحم ونحوه (و) لا (القرض) إلا بإذن شريكه إذا صرحا فيه سراج . وفيه : إذا قال له اعمل برأيتك فله كل التجارة إلا القرض والهبة (وكذا كل ما كان إنلافا للمال أو) كان (تخليكا) للمال (بغير عوض)

عتان ، فما اشترى الشريك الثالث كان نصفه له ونصفه بين الشريكين ، وما اشترى الذي لم يشارك فهو بينه وبين شريكه نصفين ، ولا شيء منه للشريك الثالث اهـ ومثله في الولوالجية . وفيها : ولو أخذ مالا مضاربة فهو له كما لو آجر نفسه اهـ ولكن فيه تفصيل قدمناه قريبا (قوله ولا الرهن) قال في الفتح : أي رهن عين من مال الشركة فإن رهن بدین عليهما لم يجوز ضمن . ولو ارتهن بدین لها لم يجوز على شريكه ، فإن هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بخصته وبرجع شريكه بخصته على المطلوب وبرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتين ، وإن شاء شريك المرتين ضمن شريكه حصته من الدين لأن هلاك الرهن في يده كاستيفاء اهـ . (قوله أو يكون هو) أي الرهن العاقد : أي الذي تولى عقد المبيعة . قال في الخانية : ولمن ولي المبيعة أن يرهن بالثمن اهـ ط (قوله في الرهن موجب) بكسر الجيم ح (قوله وحيفت) أي حين إذا كان الرهن هو العاقد بنفسه . قال في النهر : وإقراره بالرهن والارتهان عتلا ولاية العقد صحيح اهـ ط . أما لو ولي العقد غيره أو كانا وليا لم يجوز إقراره في حصة شريكه ، وهل يجوز في حصة نفسه فهو على الخلاف ، ولا يصح إقراره بعد ما تناقضا الشركة إذا كذبه الآخر تارة خانية (قوله ولا الكتابة) لأنه ليس من عادة التجار بحر (قوله فله كل ذلك) أي المذكور من الشركة والرهن الخ (قوله ولو فاقض) أي المفاوض (قوله وإلا تنعقد عتانا) وما خصه من الربح يكون بينه وبين شريكه ط (قوله ولا يجوز لها تزوج العبد) أي عبد التجارة . واحترز بالعبد عن الأمة ، فإن لأحد المتفاوضين تزويجها كما في الخانية : ولا يزوج العبد ولو من أمة التجارة استحسانا ط عن الهندية (قوله ولا الهبة) يستثنى منه هبة ثمن مباحه . ففي البحر عن الظهيرية لو باع أحد المتفاوضين عتانا من تجارتهما ثم وهب الثمن من المشتري أو أبرأه منه جاز خلافا لأبي يوسف : ولو وهب غير البائع جاز في حصته إجماعا اهـ .

قلت : لكنه في الأولى يضمن نصيب صاحبه كوكيل البيع إذا فعل ذلك كما في الخانية (قوله ونحوه) أي مالم يس من جنس ما يؤكل ويهدى عادة بقربة ما بعده (قوله فلم يجوز) أي ما ذكر من الهبة في حصة شريكه ، بل جاز في حصته إن وجد شرط الهبة من التسليم والقسمة فيما يقسم وكذا الاعتاق ، ويجرى فيه أحكام حتى أحد الشريكين المقررة في باه (قوله وجاز في نحو لحم الخ) محترز قوله أي لثوب ونحوه .

مطلب علك الاستدانة بإذن شريكه

(قوله ولا القرض) أي الإقراض في ظاهر الرواية ، أما الاستقراض فقدم أنه يجوز ، وبأنى تمامه في الفروع (قوله إذا صرحا) فلو قال اعمل برأيتك لا يكفي (قوله وفيه الخ) ومثله ما في البحر عن البرازية : ولو قال كل منهما للآخر اعمل برأيتك فلكل منهما أن يعمل مايقع في التجارة : كالرهن والارتهان ، والسفر والخلط

لأن الشركة وضعت للاسترباح وتوابعه ، وما ليس كذلك لا ينظمه عقدا :

(وصح بيع) شريك (مفاوض من ترد شهادته له) كاتبه وأبيه ، وينفذ على المفاوضة إجماعا (لا) يصح (إقراره بدين) فلا ينفذ على المفاوضة عنده رازية . وفي الخلاصة : أقر شريك العنان بجماعة لم يجر في حصته شريكه ولو باع أحدهما ليس للآخر أخذ ثمنه ولا الحصومة فيما باعه أو أدانه (وهو) أن الشريك (أمين في المال قبل قوله) يمينه (في) مقدار الربح والخسران والصياغ و (الدفع لشريكه ولو) ادعاه (بعد موته) كما في البحر مستدلا بما في وكالة الولوالجية

بماله ، والشركة بمال الغير لا الهبة والقرض ، وما كان إتلافا للمال أو تملكيا من غير عوض فإنه لا يجوز ما لم يصرح به نصا (قوله لأن الشركة) أي مطلقا (قوله وصح بيع شريك مفاوض) أنظر هل المفاوض قيد في كلام المصنف ط عن الحموى (قوله لا يصح إقراره بدين) أي لمن لا تقبل شهادته له ، أما لغيره فيقبل كما سبق في قوله وكل دين لزم أحدهما الخ . وهذا إما هو في شريك المفاوضة ، أما شريك العنان ففيه تفصيل . فبلى حاشية : ولو أقر أحد شريكي العنان بدين في تجارتها لزم المقر جميع ذلك إن كان هو الذي وليه ، وإن أقر آخيه لزمه نصفه ، وإن أقر أن صاحبه وليه لا يلزمه شيء ، بخلاف الشركة المفاوضة فإن كل واحد منهما يكون مطالبا بذلك اه ونحوه في الفتح .

وحاصله أن إقرار أحد شريكي العنان بدين في تجارتها لا يعصى على الآخر ، وإنما يعصى على نفسه على شخصين المذكور . أما شريك المفاوضة فيمضى عليها مطلقا فافهم ، لكن سيأتي في العروع أنه لو قال أحد الشريكين استقرضت ألفا فاقول له أن المال في يده وبأني الكلام عليه (قوله وفي الخلاصة) استدراك على ادس بأن العن كالدین اه ح لكن ما في المتن في المفاوضة وهذا في العنان (قوله بجماعة) أي في يده من الشركة أنها لم حل تاريخانية (قوله ليس للآخر أخذ ثمنه) أفاد أن للمدين أن يتمتع من الدفع إليه ، فإن دفع برى من حصته القايض ولم يبرأ من حصته الآخر فتح ، وكذا لا يجوز تأجيله الدين لو العاقد غيره أو هما عند أبي حنيفة . وعندهما يجوز في نصيبه ، ولو أجله العاقد جاز في النصيبين عندهما . وعند أبي يوسف في نصيبه فقط ، وأصح الوكيل بالبيع إذا أبرأ عن الثمن أو حط أو أجله يصح عندهما خلافا لأبي يوسف إلا أن هناك يضمن لموكله عندهما لاها بحر عن المحيط .

مطلب آخر بمقدار الربح ثم ادعى الخطأ

(قوله في مقدار الربح) فلو أقر بمقداره ثم ادعى الخطأ فيه لا يقبل قوله ، كما نقله أبو السعود عن إقرار الأشباه ط .

قلت : لكن في حاوى الزاهدی قال الشريك ربحت عشرة ثم قال لا بل ربحت ثلاثة فله أن يخلفه أنه لم يربح عشرة اه ومقتضاه أن القول له يمينته ، لكن لا يخفى أن الأوجه ما في الأشباه لأنه يرجوعه متناقض فلا يقبل منه وما في الأشباه عزاه إلى كافي الحاكم فهو نص المذهب فلا يعارضه ما في الحاوى (قوله والضباغ) أي ضباغ المال كلا أو بعضا ولو من غير تجارة ط (قوله مستدلا بما في وكالة الولوالجية) عبارة الولوالجية : ولو وكل بقبض ودبغة ثم مات الموكل فقال الوكيل قبضت في حياته وهلك وأنكرت الورثة أو قال دفعته إليه صدق ، ولو كان دينا لم يصدق لأن الوكيل في الموضعين حكى أمرا لا يملك استثنائه ، لكن من حكى أمرا لا يملك استثنائه ، إن كان فيه إيجاب الضمان على الغير لا يصدق ، وإن كان فيه نفى الضمان عن نفسه صدق والوكيل بقبض . الودبغة

کل من حکى أمرا لا یملک استثنائه ، أن ینفی إيجاب الضمان علی الغير لایصدق وإن فیہ نفی الضمان عن نفسه صدق انتهى فلیحفظ هذا الضابط :

(وبضمن بالتعدی) وهذا حکم الأمانات . وفى الخاتمة : التقييد بالمکان صحیح ، فلا قال لا تجاوز خوارزم فجاء ضمن حصّة شریکة . وفى الأشباه : نفى أحدهما شریکة عن الخروج وعن بیع التمینة جاز (كما یضمن الشریک) صانعا أو مفادضة بحر (بموته مجهلا نصیب صاحبه) علی المذهب ، والقول بخلافه غلط كما فی الوقف من الخاتمة ، وسیجى فی الودیعة خلافا للأشباه .

[لمروع] فی المحيط : قد وقع حادثان :

الأولى نهایه عن البیع سیئة فباع ، فأجبت بفادیه فی حصته . وتوقفت فی حصّة شریکة ، فإن أجاز

فالربیع فما :

فما یحکى بی الضمان عن نفسه فصدق ، والوکیل یقبض الدین فیما یحکى یوجب الضمان علی المیت وهو ضمان مثل المقبوض فلا یصدق اه .

مطلب فی قبول قوله دفعت المال بعد موت الشریک أو الموکل

قلت . أى أن الوکیل یقبض الدین إذا قال قبضته من المدیون وهلك عندی أو قال دفعته للموکل المیت لا یصدق بالنسبة إلى إرادة المدیون . لأن فی ذلك إلزام الضمان علی المیت ، فإن الدیون تقضى بأمثالها فیثبت للمدیون بلمة الدائن مثل المالدائن بذمته فلیتقیان قصاصا . وأما بالنسبة إلى الوکیل نفسه فیصدق لأنه آمین ، وبموت الموکل لم ترتفع أمانته ، وإن بطلت وکالته فلا یضمن ما قبضه ولا یرجع علیه المدیون . وقد أوضح المسألة فی النجربة أول کتاب الوکالة فافهم (قوله کل من حکى أمرا الخ) فإن الوکیل هنا حکى أمرا وهو قبض الودیعة أو الدین فی حیاة الموکل وهو لا یملک استثنائه بعد موت الموکل : أى لو کان لم یقبض فی حیاة وأراد استئناف القبض بعد موته لم یملکه لأنه انزل عن الوکالة (قوله التقييد بالمکان صحیح الخ) ظاهرا للفرع أن التخصیص علی المکان یلانی لا یكون تقييدا . وعبارة البرازیه التقييد بالمکان صحیح ، حتى لو قال أخرج إلى خوارزم ولا تجاوز صح ، فلو جاوزه ضمن . وفى الجوهر من المضاربة :

والفاظ التخصیص والتقييد أن یقول : أخذ هذا مضاربة بالنص علی أن تعمل به فی الكوفة أو فاعمل به فی الكوفة ما إذا قال واعمل به فی الكوفة بالواو لا یكون تقييدا فله أن یعمل فی غیرها لأن الواو حرف عطف ومشورة ولیست من حروف الشرط اه ، فأفاد أن مجرد التخصیص لا یکنى بل لابد من أمر یفید التقييد كالشرط وکالنهی (قوله وفى الأشباه الخ) أم منه ما قدمناه عن الفتح من أن کل ما كان لأحدهما إذنائه عنه شریکة لم یکن له فعله (قوله جاز) أى النهی (قوله بموته مجهلا الخ) فی حارّی الزاهدی : مات الشریک ومال الشركة دیون علی الناس ولم یبین ذلك بل مات مجهلا یضمن كما لو مات مجهلا للعبن اه أى عین مال الشركة الذی فی یده وظله بقية الأمانات ، لیکن إذا علم أن وارثه یعلمها لا یضمن ، ولو ادعى الوارث العلم وأنکر الطالب فإن فسرهما الوارث وقال : هی کذا وعلکت صدق كما سیأتی إن شاء الله تعالى فی کتاب الودیعة (قوله والقول بخلافه غلط) وهو عدم تضمین الماهوض (قوله وسیجى فی الودیعة) سیجى هناك بصع عشرة موضعا یضمن فیها الأمین بموته مجهلا (قوله خلافا للأشباه) حیث جرى فی کتاب الأمانات علی ما هو الغلط (قوله فی المحيط) صوابه فی البحر : فإن الحادثین وقتما لصاحب البحر سئل منهما وأجاب بما ذکر ، ثم قال : ولم أرفیها إلا ما قدمته : أى ما مر عن الخاتمة (قوله فإن أجاز فالربیع لها)

الثانية نهاء عن الإخراج فخرج ثم ربح ، فأجبت أنه غاصب حصة شريكه بالإخراج فينبغي أن لا يكون الربح على الشرط انتهى ، ومقتضاها فساد الشركة نهر . وفيه : وتفرع على كونه أمانة ماسئل قارىء الهداية عن طالب محاسبة شريكه فأجاب لا يلزم بالتفصيل ، ومثله المضارب والوصى والمتولى نهر ، وقضاة زماننا ليس لم قصد بالمحاسبة إلا الوصول إلى سحت الموصول (و) إما (تقبل) وتسمى شركة صنائع وأعمال وأبدان (إن اتفق) صانعان (خياطان أو خياط وصباغ)

وإن لم يجز فالبيع في حصته باطل (قوله فأجبت أنه غاصب) أى كما هو صريح ما قدمه عن الخانية من قوله صرح حصص شريكه (قوله بالإخراج) فيه نظر . ففي مضاربة الجوهره عند قول القدورى : وإن خصص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في ساحة بعينها لم يجز أن يتجاوز ذلك ، فإن خرج إلى غير ذلك البلد أو دفع المال إلى من أخرجه لا يكون مضمونا عليه بمجرد الإخراج حتى يشتري به خارج البلد ، فإن هلك المال قبل التصرف فلا ضمان عليه ، وكذا لو أعاده إلى البلد عادت المضاربة كما كانت على شرطها ، وإن اشترى به قبل العود صار ضمانا ضامنا ويكون ذلك لأنه تصرف بغير إذن صاحب المال فيكون له ربحه وعليه وضيعته لا يطيب له الربح عندها خلافا لأبي يوسف ، وإن اشترى ببعضه وأعاد ببقية إلى البلد ضمن قدره اشترى به ، ولا يضمن قدر ما أعاده والظاهر أن الشركة كذلك (قوله فينبغي أن لا يكون الربح على الشرط) أى هل يكون له كما علمته موقولا (قوله ومقتضاها فساد الشركة) أى مقتضى الجواب بأنه صار غاصبا وبأن الربح لا يكون على الشرط ، ولكن هذا بعد التصرف في المال لا بمجرد الإخراج ، فلو عاد قبل التصرف تبقى الشركة كما علمت فافهم (قوله فأجاب الشيخ) حيث قال إن القول قول الشريك والمضارب في مقدار الربح والخسران مع بعينه ولا يازمه أن يذكر الأمر مفصلا ، والقول قوله في الضياع والرد إلى الشريك اه :

مطلب فيما لو ادعى على شريكه خيانة مبهمة

قلت: بنى مالو ادعى على شريكه خيانة مبهمة ، ففي قضاء الأشياء لا يحلف . ونقل الحموى عن قدىء الهداية أنه يحلف وإن لم يبين مقدارا لكن إذا نكل عن التبيين لزمه أن يبين مقدارا مائلا فيه . ثم قال: وأنت خير بآرائى الهداية لم يستند إلى نقل ، فلا يعارض مانقله في الأشياء عن الخانية (قوله ومثله المضارب والوصى والمتولى) سيذكر الشارح في الوقف عن القبة أن المتولى لا تلزمه المحاسبة في كل عام ، ويكتفى للقاضي منه بالإجمال أو مرفوعا بالأمانة ولو منهما يجبره على التعيين شيئا فشيئا ، ولا يجبره بل يهدده ؛ ولو اتهم بحلقة اه . والظاهر أنه يقال مثل ذلك في الشريك والمضارب والوصى فيحمل لإطلاقه على غير المتهم: أى الذى لم يعرف بالأمانة تأمل (قوله نهر) يبنى عنه قوله أولا وفيه (قوله إلى سحت الموصول) السحت: بالقسم ويضممتين الجرام ، أو ما خبث من المكاسب فلزم منه العارط عن القاموس ، إذ لا يجوز للقاضي الأخذ على نفس المحاسبة لأنها واجبة عليه ، نعم لو كتب سجلا أو تولى قسمة وأخذ أجر المثل له ذلك كما حرره في البحر من الوقف .

مطلب في شركة التقبل

(قوله وإما تقبل) حلف على قوله إما مفاوضة (قوله وتسمى شركة صنائع) جمع صناعة كرسالة ورسائل وهى كالصناعة حرفة الصانع وعمله (قوله وأعمال وأبدان) لأن العمل يكون منهما غالبا بأبدانهما (قوله إن اتفق صانعان الخ) أشار إلى أنه لا بد من العقد أولا ، بأن يضا على الشركة قبل التقبل ، لما سيأتى قبيل الفروع لو تقبل

فلا يلزم اتحاد صنعة ومكان (على أن يتقبلا الأعمال) التي يمكن استحقاقها ومنه تعليم كتابة وقرآن وفقه على المفتي به ، بخلاف شركة دالين ومغنين وشهود محاكم وقراء مجالس وتعاظ

ثلاثة عملا بلا عقد شركة فعمله أحدهم فله ثلث الأجر ولا شيء للآخرين ، وسيأتي بيانه ، والمراد عقد الشركة على التقبل والعمل ، لما في البحر عن التقنية : اشترك ثلاثة من الحالمين على أن يملأ أحدهم الجوانث ويأخذ الثاني فيها ويجمعها الثالث إلى بيت المستاجر والأجر بينهم بالسوية فهي فاسدة . قال : فسادها لهذه الشروط ، فإن شركة الحالمين صحيحة إذا اشتركوا في القبل والعمل جميعا اهـ أى وهما لم يذكر التقبل أصلا ، بل مجرد العمل مقيدا على كل واحد بنوع منه ، لكن لا يشترط كون التقبل منهما معا ، لما في البحر أيضا : لو اشتركا على أن يتقبل أحدهما المتاع ويعمل الآخر أو يتقبله أحدهما ويقطعه ثم يدفعه إلى الآخر للخياطة بالنصف جاز كذا في التقنية ، لكن من شرط عليه العمل فقط . لا يتقبل جاز ، فلو شرط على من عليه العمل أن لا يتقبل لا يجوز لأنه عند السكوت جعل لإثباته انقضاء ولا يمكن ذلك مع النقص كذا في المحيط اهـ .

قرب : وبه علم أن الشرط عدم نفي التقبل عن أحدهما لا ينصيص على تقبل كل منهما ، ولعل عملهما لأنه إذا اشتركا على أن يتقبل أحدهما ويعمل الآخر بلا نفي كان لكل منهما التقبل والعمل لتضمن الشركة الوكالة . فإن في البحر : وحكمها أن يصير كل واحد منهما وكلا عن صاحبه بتقبل الأعمال ، والتوكيل به جائز سواء كان كمين يحس مباشرة ذلك العمل أولا (قوله فلا يلزم اتحاد صعة ومكان) تفريع الأول على كلام المصنف ظاهر وأما الثاني فمن حيث إنه لم يقيد بالمكان . ووجه عدم التزوم كذا في الفتح أن المعنى المهور لشركة التقبل من كون المصنوع تحصيل الربح لا ينفاتوت بين كون العمل في دكا كمين أو دكان ، وكون الأعمال من أجناس أو جنس (قوله عى أن يتقبلا الأعمال) أى عملها كالثياب مثلا ، فإن العمل عرض لا يقبل القبول أفاده القهستاني : وعلمت أن النصيص عى تقبل كل منهما أو على عمله غير شرط . وفي التهر أن المشترك فيه إنما هو العمل ، ولذا قالوا : من صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف ، والقياس أن لا يجوز ، لأن من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت ، واستحسن جوازها لأن التقبل من صاحب الحانوت عمل اهـ . ومنها ما في البحر من البرازية لأحدهما آلة القصارة وللآخر بيت اشتركا على أن يعمل في بيت هذا والكسب بينهما جاز ، وكذا سائر الصناعات ، ولو من أحدهما أداة القصارة والعمل من الآخر فسدت والربح للمعامل وعليه أجر مثل الأداة اهـ ونظائر هذه الأخيرة مسائل متأن في الفصل قبيل قوله وتبطل الشركة الخ (قوله التي يمكن استحقاقها) أى التي يستحقها المستاجر بعقد الإجارة . وزاد في البحر قيد أن يكون العمل حلالا لما في البرازية : لو اشتركا في عمل حرام لم يصح اهـ وأنت خير بأن الحرام لا يستحق بالأجر فافهم (قوله ومنه) الأولى ومنها أى الأعمال المذكورة (قوله على المفتي به) أى الذى هو قول المتأخرين من جواز أخذ الأجرة على التعليم ، وكذا على الأذان والإمامة فافهم (قوله بخلاف شركة دالين) فإن عمل الدلالة لا يمكن استحقاقه بعقد الإجارة ، حتى لو استأجر دلالا يبيع له أو يشتري فالإجارة فاسدة إذالم يبين له أجلا كما صرح به في إجارة المحتجج (قوله ومغنين) لأن الغناء حرام ح (قوله وشهود محاكم) لعدم صحة الاستئجار على الشهادة ح (قوله وقراء مجالس وتعاظ) يحتمل أنه عطف تفسير أومعاير وهو بفتح التاء المثناة فوق وبعين مهملة بعدها ألف ثم زأى جمع تمزية : وهى الماتم بالهمزة والتاء المثناة الفوقية الذى يصنع للأموات ، لأن عادتهم القراءة بصوت واحد يشتمل على التقطيع وعلى قطع بعض الكلمات والابتداء من أثناء الكلمة ، ولأنه استئجار على القراءة هـ

ووعاظ وسؤال لأن التوكيل بالرسالة لا يوضح فنية وأشباه (ويكون الكسب بينهما) على ما شرطنا مطلقا في الأصل لأنه ليس بربح بل بدل عمل قصح تقويمه (وكل ما نقله أحدهما بالزمه) وعلى هذا الأصل (فيطالب كل واحد منهما بالعمل ويطالب) كل منهما (بالأجر ويبرأ) دافعا (بالدفع إليه) أي إلى أحدهما (والحاصل من) أجر (عمل أحدهما بينهما على الشرط) ولو الآخر مريضا أو مسافرا أو امتنع عمدا بلا عذر لأن الشرط مطلق العمل لا عمل القابل: ألا ترى أن القصار لو استعان بغيره أو استأجره استحق الأجر برأية (و) إما (وجوده) هذا رابع وجوده شركة العقد (إن عقدها على أن يشتريا) نوعا أو أنواعا (بوجودهما) أي بسبب وجاهتهما (ويبيها) فاحصل بالبيع يدفعان منه ثمن

والذي أجازته المتأخرون إنما هو الاستئجار على التعاميم خلافا لمن توهم خلافه كما سيأتي في الإجازات إن شاء الله تعالى. وفي الفنية: ولا شركة القراء بالزمزمة في المجالس والتعاوى لأنها غير مستحقة عليهم اه. وفي القاموس الزمزمة الصوت البعيد له دوى وتتابع صوت الرعد. وذكر ابن الشحنة أن ابن وهبان بالغ في التكبر على إقرارهم على هذا في زمانه وعلى القراءة بالتعطيط ومنع من جواز ادعاءها وأظن في إنكارها، وتعمده في ح (قوله ووعاظ) أي شركة وعاظ فيها يتحصل لهم بسبب الوعظ لأنه غير مستحق عليهم ط (قوله وسؤال) بتشديد لمزة جمع سائل: وهو الشحاذاه خ (قوله لأن التوكيل بالرسالة لا يوضح) ومالا تصح فيه الوكالة لا تصح فيه الشركة كما مر (قوله مطلقا) أي سواء شرطنا الربح على السواء أو متفاضلا، وسواء تساوبا في العمل أولا، وقبل إن شرطنا أكثر الربح لأدناهما عملا لا يوضح. والصحيح الجواز أفاده في البحر، وهذا إذا لم تكن مفاوضة إذ لا تكون المفاوضة إلا مع التساوى كما يأتي (قوله لأنه ليس بربح الخ) اعلم أن التفاضل في الربح عند اشتراط تساوى في العمل لا يجوز قياسا لأن الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن، فلم يحز العقد كما في شركة الوجوه ويجوز استحسانا لأن ما يأخذه ليس وجمعا لأن الربح إنما يكون عند اتحاد الجنس، وهما رأس المال عمل والربح مال فلم يتحد الجنس، فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقوم إذا رضيا بقدر معين، فيقدر بقدر ما قوم به فلم يؤد إلى ربح مالم يضمن، بخلاف شركة الوجوه حيث لا يجوز فيها التفاوت في الربح عند التساوى في المشتري، لأن جنس المال وهو الثمن الواجب في زمتها متحد والربح يتحقق في الجنس المتحد، فلو جاز زيادة الربح كان ربح مالم يضمن، وتعمده في العناية (قوله فيطالب كل واحد منهما بالعمل الخ) هذا ظاهر فيها إذا كانت مفاوضة، أما إذا أطلقها أو قيدها بانعنان فثبت هذين الحكمين استحسانا، وفيما سواهما فهي باقية على مقتضى العنان، ولذا لو أقر بدين من ثمن مبيع مستهلك أو أجر أجبر أو ذكأن المدة مضت لا يصدق إلا ببينة، لأن نفاذ الإقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصا عليها فلو كان المبيع لم يستهلك أو أمانة لم تنص فإنه يلزمهما كما في المحيط اه ح ملخصا (قوله ويبرأ دافعا) أنت الضمير وإن عاد على الأجر لتأويله بالأجرة ط (قوله والحاصل الخ) ما مر من قوله ويكون الكسب بينهما إنما هو في الكسب الحاصل من عملهما، وما هنا في الحاصل من عمل أحدهما: أي لا فرق بين أن يعمل أو يعمل أحدهما سواء كان عدم عمل الآخر لعذر أولا، لأن العامل معين القابل والشرط مطلق العمل الخ ما ذكره:

مطلب شركة الوجوه

(قوله وإما وجوه) ويقال لها شركة المفاليس قهستاني (قوله نوعا أو أنواعا) أفاد أنها تكون خاصة وعمامة كما في النهر ولذا حذف المصنف المفعول (قوله أي بسبب وجاهتهما) أفاد وجه التسمية، لأن من لا مال له

ما اشترى (بالنسيئة) وما بقي بينهما (ويكون كل منهما) من القبل والوجوه (عتانا ومفاوضة) أيضا (بشرطه) السابق ، وإذا أطلقت كانت عتانا (وتضمن) شركة كل من القبل والوجوه (الوكالة) لاعتبارها في جميع أنواع الشركة (والكفالة أيضا إذا كانت مفاوضة) بشرطها (والربح) فيها (على ما شرط من مناصفة المشتري) بفتح الراء (أو مثالثته) ليكون الربح بقدر الملك لتلا يؤدي إلى ربح مالم يضمن ، بخلاف العتانة كما مر . وفي الدور : لا يستحق الربح إلا بلحدي ثلاث : بمال ، أو عمل ، أو تقبل .

لا يبيعه الناس نسيئة إلا إذا كان له جاه ووجاهة وشرف عندهم . وأفاد الكمال أن الجاه مقلوب الوجه بوضع الواو موضع العين فوزنه عقل إلا أن الواو انقلبت ألفا للموجب لذلك ، وقيل أضيفت إلى الوجوه لأنها تنقل فيها الوجوه لعدم المال (قوله بالنسيئة) هو على حل الشارح متعلق بقوله اشترى ، وقصده بذلك دفع ما يوهه الممن من كونه مطلوبا ليشتريا ويبعا ، وليس كذلك بل هو مطلوب لقوله يشتريا فكان ينبغي للمصنف ذكره عقبه لأنه لامال فما ، فشرأها يكون بالنسيئة أما البيع فهو أهم (قوله ويكون كل منهما عتانا ومفاوضة بشرطه) فصورة اجتماع شرائط المفاوضة في القبل كما في المحيط : أن يشترك الصانعان على أن يقبلا جميعا الأعمال ، وأن يصمما العمل جميعا على التساوى ، وأن يتساويا في الربح والضيعة ، وأن يكون كل منهما كفيلا عن صاحبه فما لحقه بسبب الشركة اهـ .

وصورتها في الوجوه كما في النهاية ، أن يكون الرجلان من أهل الكفالة ، وأن يكون ثمن المشتري بينهما نصمين ، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة زاد في الفتح : ويتساويا في الربح ، ويكنى ذكر مقتضيات المفاوضة عن لتلفظ بها كما سلف ، وتامة في البحر . ولا يخفى أنه إذا فقد منها شرط كانت عتانا . وفي القهستاني أن شروط المفاوضة في المواضع الثلاثة قد اختلف ، ولم يتعرض في المتداولات إلى أنها في كل منها حقيقة ، والظاهر أنها في الأول أى في المال حقيقة وفي الباقيين مجاز ترجيحاً على الاشتراك (قوله من مناصفة المشتري) أى في المفاوضة والعتانة ، وقوله أو مثالثته أى في العتانة قهستاني (قوله لتلا يؤدي الخ) حلة لمفهوم ماقبله ، وهو أنه لا يجوز أن يكون الربح مخالفاً لقدر الملك . وعبرة الكنز : وإن شرطاً مناصفة المشتري أو مثالثته فالربح كذلك وبطل شرط الفصل اهـ . قال في النهر : لأن استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمآن وهو على قدر الملك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن ، بخلاف العتانة فإن التفاضل في الربح فيها مع التساوى في المال صحيح ، لأنها في معنى المضاربة من حيث أن كلا منهما يعمل في مال صاحبه فالتحقق بها (قوله بخلاف العتانة) أى في شركة الأموال ، وكذا في شركة القبل فإنه يجوز فيها التفاضل كما قدمناه ، لأن المأخوذ فيها ليس بربح بل بدل عمل كما مر تقريره فافهم (قوله بمال) كما في شركة الأموال وفي المضاربة في حق رب المال (قوله أو عمل) كالمضاربة في المضاربة (قوله أو تقبل) عبارة الدور أو ضمان ، وكذا في البحر وغيره ، وذلك كمن أجلس على ذكائه تلميذا يطرح عليه العمل بالنصف ، وكما في شركة الوجوه فإن الربح فيها بقدر الضمان والزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يجوز كما مره قال في الدور : ولهذا لو قال لغيره تصرف في مالك على أن لي بعض ربحه لا يستحق شيئاً لعدم هذه المعاني ، والله سبحانه أعلم .

فصل فی الشركة الفاسدة

(لا تصح شركة فی احتطاب واحتشاش واصطياد واستقاء وسائر مباحات) كاجتناء ثمار من جبال وطلب معدن من كنز وطبخ آجر من طين مباح لتضمينها الوكالة ، والتوكيل فی أخذ المباح لا يصح (وما حصله أحدها فله وما حصله معاهلهما) نصفین إن لم يعلم مال الكل (وما حصله أحدهما بإعانة صاحبه فله ولصاحبه آجر ، مثله بالغا ما بلغ عند محمد : وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك)

فصل فی الشركة الفاسدة

ما فی هذا الفصل مسائل متفرقة من كتاب الشركة ، فكان الأولى أن يترجم بها وإن كانت الزيادة على ما فی الترجمة لا تنصر (قوله واصطياد) يجعله من المباح وذلك مقيد بما إذا لم يكن للتلهي أو يتخذ حرفة وإلا فلا يصل كما فی الأشياء ، وسبأی تمام الكلام على ذلك فی بابہ (قوله وطلب معدن من كنز) المعدن ما وضع فی الأرض خلفة ، والكنز ما وضعه بنو آدم ، والركاز يعمهما فلو قال : وطلب معدن وكنز جاهلي كما فعل فی اختدة لكان أولى ، لأن الكنز الإسلامي لقطة ط (قوله من طين مباح) فإن كان الطين أو النورة أو سبلة الزجاج مملوكا فاشتركا على أن يشتريا ذلك ويطبخاه ويبيعاه جاز ، وهو كشركة الوجوه ، كذا فی الخلاصة معزيا إلى الشافعي ، وتبعه البرزالي والعيني . والمذكور فی الفتح أن هذا من شركة الصنائع والأول أظهر نهر (قوله وما حصله أحدهما) أي بدون عمل من الآخر (قوله وما حصله معاهلهما) یعنی ثم خطاه وباعه ، فيقسم الثمن على كيل أو وزن ، الكل منهما ، وإن لم يكن وزنيا ولا كيليا قسم على قيمة ما كان لكل منهما ، وإن لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد منهما إلى النصف لأنهما استويا فی الاكتساب وكان المكتسب فی أيديهما ، فالظاهر أنه بينهما نصفان ، والظاهر يشهد له فی ذلك ، فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف إلا ببينة لأنه يدعي خلاف الظاهر اه فتح .

مطلب اجتماعا فی دار واحدة واكتسبا ولا يعلم التفاوت فهو بينهما بالسوية

[تنبيه] يؤخذ من هذا ما أتى به فی الخبرية فی زوج امرأة وابنها اجتماعا فی دار واحدة وأخذ كل منهما يكتسب على حدة ويجمعان كسبهما ولا يعلم التفاوت ولا التساوى ولا التميز . فأجاب بأنه بينهما سوية ، وكذا لو اجتمع أخوة يعملون فی تركة أبيهم ونما المال فهو بينهم سوية ، ولو اختلفوا فی العمل والرأى اه وقدمنا أن هذا ليس شركة مفاوضة مالم يصرحا بلفظها أو بمقتضياتها مع استيفاء شروطها ، ثم هذا فی غير الابن مع أبيه ، لما فی القنية الأب وابنه يكتسبان فی صنعة واحدة ولم يكن لهما شيء . فالكسب كله للأب إن كان الابن فی عياله لكونه معينا له ألا ترى لو غرس شجرة تكون للأب ثم ذكر خلافا فی المرأة مع زوجها إذا اجتمع بحملها أموال كثيرة ، فقبل هي للزوج وتكون المرأة معينا له ، إلا إذا كان لها كسب على حدة فهو لها ، وقيل بينهما نصفان . وفي الخاتمة : زوج بنیه الخمسة فی داره وكلهم فی عياله واختلفوا فی المتاع فهو للأب والبنين انشباب التي عليهم لا غير ، فإن الواهم أو امرأته بعد موته إن هذا استفدناه بعد موته فالقول لهم ، وإن أقروا أنه كان يوم موته فهو ميراث من الأب (قوله بإعانة صاحبه) سواء كانت الإعانة بعمل كما إذا أعانه فی الجمع والقلع أو الربط أو الحمل أو غيره أو بألة ، كما لو دفع له بتلا أو رواية ليستفي عليها أو شبكة ليصيد بها حوى وقهته فی ط (قوله لا يجاوز به) بفتح الواو على البناء

قبل تقديمهم قول محمد يؤذن باختياره نهر وعناية :

(والربح في الشركة الفاسدة بقدر المال ، ولا عبرة بشرط الفضل) فلو كل المال لأحدهما فالآخر أجر مثله كما لو دفع دابته لرجل ليؤجرها والأجر بينهما ، فالشركة فاسدة والربح للمالك وللآخر أجر مثله ، وكذلك السفينة والبيت ، ولو لم يبيع عليها البر فالربح لرب البر وللآخر أجر مثل الدابة ، ولو لأحدهما بطل وللآخر بعير فالأجر بينهما على مثل أجر البغل والبعير نهر .

للمفعول ، وقوله نصف ممن ذلك بالرفع لأنه هو النائب عن الفاعل اه فتح : أى يعطى أجر المثل لو كان مثل نصف الثمن أو أقل ، فلو أكثر ليزاد على نصف الثمن لأنه رضى بنصف الثمن ، ثم التعبير بنصف الثمن وقع في كافى الحاكم وأهذابة وغيرها . قال ط : وذكر في النجاة أن أجر المثل لا يزاد على نصف القيمة لأن المعين وصاحب العدة يطلبان أجر المثل عند تمام العمل فرعما لا يتيسر البيع عند تمام العمل فكيف يفرض نصف ثمنه حتى يطالب حوى . وفي القهستاني : ولا يزاد على نصف القيمة : أى قيمة المباح يوم الأخذ إن كان له قيمة ، وإلا فينبغى أن يكون الحكم فيه التخمين والقياس اه (قوله يؤذن باختياره) قال في العناية : وكذا تقديم دليل أبى يوسف على دليل محمد في الميسر دليل على أنهم اختاروا قول محمد اه أى لأن الدليل المتأخر يتضمن الجواب عن الدليل المتقدم ، وهذه عادة صاحب الهداية أيضا أنه يؤخر دليل القول المختار ، وعبرة كائى الحاكم تؤذن أيضا باختيار قول محمد حيث قال فله أجر مثله لا يماز نصف الثمن في قول أبى يوسف . وقال محمد : له أجر مثله بالغاً ما بلغ ، ألا ترى أنه لو أهانه عليه فلم يصب شيئا كان له أجر مثله اه . ونقل ط عن الحموى عن المفتاح أن قول محمد هو المختار للفتوى . وعن غاية البيان أن قول أبى يوسف استحسان اه .

مطلب يرجع القياس

قلت : وعليه فهو من المسائل التي ترجع فيها القياس على الاستحسان (قوله والربح الخ) حاصله أن الشركة الفاسدة إما بدون مال أو به من الجانبين أو من أحدهما ، فحكم الأولى أن الربح فيها للعامل كما علمت والثانية بقدر المال ، ولم يذكر أن لأحدهم أجرا لأنه لا أجر للشريك في العمل المشترك كما ذكره في قفيز الطحان والثالثة لرب المال وللآخر أجر مثله (قوله فالشركة فاسدة) لأنه في معنى بيع منافع دابتي ليكون الأجر بينهما فيكون كله لصاحب الدابة ، لأن العاقد عقد العقد على ملك صاحبه بأمره ، وللعاقد أجرة مثله لأنه لم يرض أن يعمل مجانا فتح .

[تنبيه] لم يذكر مالو كانت الدابة بين اثنين فدفعها أحدهما للآخر على أن يؤجرها ويعمل عليها على أن تلقى الأجر للعامل والثالث للآخر وهي كثيرة الوقوع ، ولا شك في فسادها لأن المنفعة كالعروض لاتصح فيها الشركة ، وحينئذ فالأجر بينهما على قدر ملكهما ، وللعامل أجر مثل عمله ، ولا يشبه العمل في المشترك حتى نقول لا أجر له لأن العمل فيها يعمل وهو لغيرها تأمل ، وتعامه في حواشي المنع لاخير الرمل ، ويأتى قريبا ما يؤيده (قوله وكذلك السفينة والبيت) أى مثل الدابة . وفي البحر عن القنية : له سفينة فاشترك مع أربعة على أن يعملوا بسفينته وآلاتها والحمس لصاحب السفينة والباقي بينهم بالسوية فهي فاسدة ، والحاصل لصاحب السفينة ، وعليه أجر مثلهم اه (قوله ولو لأحدهما بطل وللآخر بعير) أى وقد اشتركا على أن كلا يؤجر مالمثل واحد والحاصل بينهما فهو باطل أيضا ، لأن معنى هذا أن كلا قال لصاحبه بيع منافع دابتي على أن ثمنه بينهما ، ثم إن أجراهما بأجر معلوم

(وتبطل الشركة) أى شركة القصد (بموت أحدهما) علم الآخر أولا لأنه عزل حكى (ولو حكما) بأن قضى بلحافه مرتدا (و) تبطل أيضا (بإنكارها) ويقولو لأعمل معك فتح (وبفسخ أحدهما) ولو المال عروضاً ، بخلاف المضاربة

صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الأجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل ، بخلاف مالو اشتركا على أن يتقبلا الحمولات المعلومة بأجرة معلومة ولم يؤجرا البغل والجمل كالتصحيح لأنها شركة التقبل والأجر بينهما نصفان ولا يعتبر زيادة حمل الجمل على حمل البغل ، كما لا يعتبر في شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لأحدهم آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه ، وإن أجر البغل أو البعير بعينه كان كل الأجر لصاحبه لأنه هو العائد ، فلو أعانه الآخر على التحميل والتقل كان له أجر مثله فتح (قوله على مثل أجر البغل) الأولى أحر مثل البغل ، وقوله والبعير أى وأجر مثل البعير ، فلو البعير يؤجر بضعف ما يؤجر به البغل مثلاً لصاحب البعير ثلث الأجر ولصاحب البغل ثلثه ط وإن أجرة كل واحد منهما دابته وشرطا عملهما في الدابة أو عمل أحدهما في السوق والحمل وغير ذلك كان الأجر مقسوما بينهما على قدر أجر مثل دابتهما وعلى مقدار أجر عملهما كما قبل الشركة اه قال رحمه الرمل : وهو مؤيد لما قلنا :

[فرع] أعطى بذر الفتيق رجلا ليفوم عليه فيعلمه بالأوراق على أن يحصل فهو بينهما فالفتيق أح البذر لأنه حصل من بذره ، والرجل الذى قام عليه قيمة الأوراق وأجر مثله على صاحب البذر ، ومن هذا إذا دفع البقرة بالعلف ليكون الحادث بينهما نصفين ، فما حدث فهو لصاحب البقرة وللآخر مثل عمله وأجر مثله تاريخانية (قوله أى شركة العقد) أما شركة الملك فلا تبطل ، وقول الدرر وتبطل الشركة ، مطلقاً وإطلاق فيه بالنظر للمقوضة والعنان ط :

قلت : والمراد أن شركة الملك لا تبطل : أى لا تبطل الاشتراك فيها ، بل يبقى المال مشتركاً بين الحى وورثة الميت كما كان وإلا فلا يخفى أن شركة الميت مع الحى بطلت بموته تأمل (قوله بموت أحدهما) لأنها تنصمن الوكالة أى شرط لها ابتداء وبقاء لأنه لا يتحقق ابتداؤها إلا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ، ولأننى الولاية إلا ببقاء الوكالة ، وبه اندفع ما قبل الوكالة ثبت تبعاً ، ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الأصل فتح ، فلو كانوا ثلاثة فمات أحدهم حتى انفسخت في حقه لا تنفسخ في حق الباقيين بمر عن الظهيرية (قوله بأن قضى بلحافه مرتدا) حتى لو عاد مسلماً لم يكن بينهما شركة ، وإن لم يقض بلحافه انقطعت على سبيل التوقف بالإجماع فإن عاد مسلماً قبل الحكم بقيت ، وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق وانقطعت المفاوضة على التوقف هل نصير عنانا عنده لا وعندهما نعم بمر عن الولولية ملخصاً (قوله بإنكارها) أى ويضمن حصص الآخر لأن جحود الأمين غصب كافى البحر سائغاً في (قوله ويقولو لأعمل معك) وهذا في المعنى فسبح فكان الأولى تأخيره عن قوله وبفسخ أحدهما :

وفي البحر عن البرازية : اشتركا واشترى أمتعة ثم قال أحدهما لأعمل معك بالشركة وغاب فباع الحاضر الأمعة فالحاصل للبائع وعليه قيمة المتاع ، لأن قوله لأعمل معك فسبح للشركة معه وأحدهما يملك فسبحها وإن كان المال عروضاً ، بخلاف المضاربة هو المختار اه (قوله بخلاف المضاربة) والفرق أن مال الشركة في أيديهما معا وولاية التصرف إليهما جميعاً فيملك كل نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقداً كان أو عروضاً ، بخلاف مال المضاربة لأنه بعد ما صار عروضاً ثبت حتى المضارب فيه لاستحقاقه وبه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك وبالمال نهي اه

هو المختار بزالية خلافا للزيلعي ، ويتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي (ويجنونه مطبقا) فالربيع بعد ذلك للعامل لكنه يقصد ربيع مال الجنون تتارخانية (ولم يرك أحدهما مال الآخر بغير إذنه ، فإن أذن كل وأديا معا) أو جهل (ضمن كل نصيب صاحبه) وتقاصا أو رجع بالزيادة (وإن أديا متعاقبا كان الضمان على الثاني ، علم بأداء صاحبه أولا كالمأمور بأداء الزكاة) أو الكفارة (إذا دفع للفقير بعد أداء الأمر بنفسه) لأن فعل الأمر عزل حكيم ، وفيه : لا يشترط العلم خلافا لهما .

(اشترى أحد المتفاوضين أمة بإذن الآخر) صريحا فلا يكفي سكوته (لبطاها فهي له) لالشركة (بلا شيء) لنقص الإذن بالشراء للوطء الهبة ، إذ لا طريق لحله إلا بها لحزمة وطء المشتركة ، وهبة المشاع فيها لا يقسم جائزة . وقال : يلزمه نصف الثمن (وللبائع) والمستحق (أخذ كل شتمها) وعقرها لتضمن المفاوضة للكفالة . (ومن اشترى عبدا) مثلا (فقال له آخر أشركني فيه فقال فعلت)

فتح (قوله خلافا للزيلعي) حيث قيد فسخ أحدهما الشركة بكون المال دراهم أو دنانير ، فأفاد عدمه أو عروضها كما في المضاربة . وهو قول الطحاوي ، وصرح في الخلاصة بأن أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة إلا برضى صاحبه . قال في الفتح : وهذا غلط ، وقد صحح هو أي صاحب الخلاصة إنفراد الشريك بالفسخ والمال عروض اه : ورفق في البحر بين كلامي الخلاصة . واضترض في النهر ، وأجبتا عنه فيها علقناه على البحر (قوله ويتوقف الخ) بتقيد بلمتن (قوله لأنه عزل قصدي) لأنه نوع حجر ، فيشترط علمه دفعا للضرر عنه فتح (قوله ويجنونه مطبقا) فالشركة قائمة إلى أن يتم إطباق الجنون فتنفسخ ، فإذا عمل بعد ذلك فالربيع كله للعامل والوضيعة عليه ، وهو كالنصيب لمال الجنون فيطيب له ربيع ماله لا ما ربح من مال الجنون ، فيتصدق به بحر عن التارخانية . قال ط : وظاهره أنه لا يملك بالفسخ إلا بإطباق الجنون ، وهو مقدر بشهر أو بنصف حول على الخلاف (قوله لكنه يتصل الخ) والظاهر أنه يقال مثل ذلك فيما إذا تصرف أحدهما بالمال في صورة بطلان الشركة المارة ، فإن الربيع يكون للعامل ويتصدق بما ربح من مال الآخر (قوله ولم يرك أحدهما الخ) لأن الإذن بينهما في التجارة والزكاة يست منها ، ولأن أداء الزكاة من شرط النية ، وعند عدم الإذن لانية لا فلا تسقط عنه لعدمها ط عن الحموي (قوله وأديا معا) أي أدى كل منهما عن نفسه وعن شريكه ح . وصورته كما قال ابن كمال : بأن أدى كل منهما بغية صاحبه وانفق أداؤها في وقت واحد (قوله وتقاصا) أي إن كانت مفاوضة أو عتانا تساويا فيها ط (قوله أو رجع) أي بالزيادة إن كانت عتانا لم يتساويا المالا ط (قوله اشترى أحد المتفاوضين) قيل التقيد بالمفاوضين اتفاق ، وفيه نظر لأن قوله وللبيع أخذ كل شتمها لا يشمل العتان لعدم تضمينها الكفالة . وأيضا فإن شريك العتان له أن يشتري ما ليس من جنس تجارتها ، ويقع الشراء له وبطال بالثمن ، وكذا يقع الشراء له إذا اشترى من جنس تجارتها بعد ماصار المال عروضيا كما مر قبيل قول المصنف . وتبطل بهلاك المالكين (قوله بإذن الآخر) قيد به لأنه لو اشتراها للوطء بلا إذن كانت شركة بحر (قوله للوطء) متعلق بالشراء ، وقوله الهبة بالنصيب مقول تضمن (قوله وقال يلزمه نصف الثمن) لأنه أدى ديناه عليه خاصة من مال مشترك ف يرجع عليه صاحبه بتعصيب بحر والمخون على قول الإمام (قوله وللبائع الخ) لأنه دين واجب بسبب التجارة بحر ، والمعاد بالتجارة الشراء فإنه من أنواعها كما مر في قوله وكل دين لزم أحدهما بتجارة فافهم (قوله وعقرها) يرجع إلى المستحق . قال ح : فهو نشر مرتب (قوله للكفالة) متعلق بتضمن ، واللام فيه التقوية ، وهي الداخلة على معمول المتعدي بنفسه إذا كان معمولاً على الفعل أو متأخرا عن معموله ، وما هنا من الأول فافهم (قوله ومن اشترى) بمعنى المفرد ، لما في الفتح :

إن قبل القبض لم يصح ، وإن بعده صح ولزمه نصف الثمن ، وإن لم يعلم بالثمن غير عند العلم به ، ولو قال : أشركني فيه فقال نعم ثم لقيه آخر وقال مثله وأجيب بنعم ، فإن كان القائل (عالما بمشراكة الأول فله ربهه ، وإن لم يعلم فله نصفه) لكون مطلوبه شركته في كامله (و) حينئذ (خروج العبد من ملك الأول) ما اشترت اليوم من أنواع التجارة فهو بيني وبينك فقال لم جاز أشباه . وفيها : تقبل ثلاثة عملا بلا عقد شركة فعلمه أحدهم فله ثلث الأجر ولا شيء للآخرين .

لو اشترى اثنان عبدا فأشركا فيه آخر فالقياس أن يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربهه ، لأن كلا صار مملكا نصف نصيبه . وفي الاستحسان له ثلثه لأنهما حين أشركاه سوياء بأنفسهما فكأنه اشترى العبد معهما اهـ (قوله إن قبل القبض لم يصح) قال في الفتح : اعلم أن ثبوت الشركة فيما ذكرنا كله يبنى على صيرورة المشتري بائنا للذي أشركه وهو استفاد الملك منه ، فابني على هذا أن من اشترى عبدا فلم يقبضه حتى أشرك فيه رجلا لم يجز ، لأنه يبيع مالم يقبض ، ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه إليه حتى هلك لم يلزمه ثمن ، ويعلم أنه لا بد من قول الذي أشركه ، لأن لفظ أشركتك صار ليجابا للبيع اهـ .

قلت : ومثله قوله في الذخيرة : اشترى شيئا ثم أشرك آخر فيه فهذا بيع النصف بنصف الثمن الذي اشتراه به اهـ . ومقتضاه أنه يثبت فيه بقية أحكام البيع من ثبوت خيار العيب والرؤية ونحوه ، وأنه لا بد من علم المشتري بالثمن في المجلس ، وهو خلاف التبادر من قول المصنف وإن بعده صح الخ فتأمل (قوله ولزمه نصف الثمن) بناء على أن مطلق الشركة يقتضي التسوية قال الله تعالى - فهم شركاء في الثلث - إلا أن بين خلافه فتح (قوله ثم لقيه آخر) أما لو أشرك اثنين صفقة واحدة . كان العبد بينهما أثلاثا فتح وكافي (قوله فإن كان القائل) أي الثاني (قوله فله ربهه) أي ربع جميع العبد ، لأنه طلب منه الإشراف في نصيبه ونصيبه النصف بجر (قوله لكون مطلوبه شركته في كامله) لأنه حيث لم يعلم بمشراكة الأول يصير طالبا لشراء النصف وقد أجابه إليه .

[تنبيه] لا يخفى أن هذه الشركة شركة ملك . وفي التاريخانية عن التتمة : سئل وادى عن أحد شريكي حنان اشترى بمافي يده من المال حروضا ثم قال لأجنبي أشركتك في نصيبى مما اشتريت قال يصير شريكا له شركة ملك (قوله ما اشتريت اليوم الخ) ذكر اليوم غير قيد كما في الهندية . وفي كافي الحاكم : وإن اشركا بلا مال على أن ما اشتريا من الرقيق فهو بينهما جاز ، وكذلك لو قال في هذا الشهر فخصا بالعمل والوقت ، فإن قال أحدهما اشتريت متاعا فهلك منى وطالب شريكه بنصف ثمنه لم يصدق ، فإن برهن على الشراء والقبض ثم ادعى الملاك صدق بيمينه وإن شرط الربح أثلاثا بطل الشرط والربح بينهما نصفان ، ولا يستطيع أحدهما الخروج من الشركة إلا بمحض من صاحبه اهـ ملخصا . زاد في البحر عن الطهيري ، وليس لواحد منهما أن يبيع حصة الآخر مما اشترى إلا بإذن صاحبه لأنهما اشتركا في الشراء لاقى البيع اهـ . فأفاد أن هذه شركة ملك لا عقد ، وقد مر عن الولولجية اشتركا على أن ما اشتريا من تجارة فهو بينهما مجوز ولا يحتاج فيه إلى بيان الصفة والقدر والوقت ، لأن كلا منهما صار وكيلا عن الآخر في نصف ما يشترى وغرضه تكثير الربح وذلك لا يحصل إلا بعموم هذه الأشياء . وفي التاريخانية عن المنقذ قال هشام : سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لآخر معى عشرة آلاف فخذها شركة تشتري بيني وبينك قال هو جازر والربح والوضعية عليهما اهـ (قوله ولا شيء للآخرين) لأنهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل ، لأن المستحق على كل منهم ثلث ثلث الأجر ، فإذا عمل أحدهم الكل صار متطوعا في الثلثين فلا يستحق الأجر اهـ عن البحر . قال ابن وهبان : هذا في القضاء ، أما في الديانة فيبني أن يوفيه بقية الأجرة لأن

[فروع] القول لمنكر الشركة . برهن الورثة على المفاوضة لم يقبل حتى يبرهنوا أنه كان مع الحى فى حياة الميت . برهنوا على الإرث والحى على المفاوضة قضى له بنصفه فتح .
نصرف أحد الشريكين فى البلد والآخر فى السفر وأراد القسمة فقال ذو اليد قد استقرضت ألفا فالقول له إن المال فى يده .

الظاهر من حال العامل أنه إنما عمل الجميع على الظن أن يعطيه جميع الأجرة فلا ينبغي أن يعيب ظنه (قوله القول لمنكر الشركة) أى إذا كان المال فى يده فادعى عليه آخر أنه شاركه مفاوضة فالقول للجاحد مع يمينه وعلى المدعى البينة ، لأنه يدعى العقد واستحقاق ما فى يده وهو منكر فتح (قوله وبرهن الورثة الخ) أى إذا مات أحد المفاوضين والمال فى يد الحى فبرهن الورثة على المفاوضة لم يقض لهم بشئ مما فى يد الحى ، لأنهما شهدا بعقد علم ارتفاعه بالموت ، ولأنه لاحكم فبا شهدا به على المال الذى فى يده فى الحال لأن المفاوضة فيها مضى لا توجب أن يكون المال الذى فى يده فى الحال من شركتهما إلا أن يبرهنوا أنه كان فى يده فى حياة الميت وأنه من شركتهما فإنه حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه فتح (قوله برهنوا على الإرث) يعنى والمال فى أيديهم كما فى الفتح (قوله قضى له بنصفه) أى ترجيحاً لبينه على بينتهم لأنه خارج يدعى نصف المال على ذى اليد بعقد المفاوضة مع المورث . (قوله نصرف أحد الشريكين فى البلد الخ) تخصيص أحدهما بكونه نصرف فى البلد والآخر فى السفر مبنى على كونه صورة الواقعة ، أو ليفيد أن القول لذى اليد وإن لم يعلم صاحبه بما صنع .

مطلب إذا قال الشريك استقرضت ألفا فالقول إن المال بيده

(قوله فالقول له إن المال فى يده) لأنه حينئذ أمين ، فقد ادعى أن الألف حق الغير ، بخلاف ما إذا لم يكن فى يده لأنه يدعى ديناً عليه ، فلو قال فى هذا المال الذى فى يدي كذا يقبل أيضاً كما يقبل أنه للغير تأمل ، وهى واقعة الفتوى ، وبه أفتيت رمل على المنح . وأفتى أيضاً فى الخيرية فيها إذا قال الذى فى يده المال كنت استندت من فلان كذا للشركة ودفعت له دينه بأن القول قوله بيمينه ، واستدل له بما فى المنح عن جواهر الفتاوى ، وهو ما ذكره الشارح هنا ، ويؤيده ما فى الحامدية عن محيط السرخسى فى فصل ما يجوز لأحد شريكي العنان : لو استقرض أحدهما مالا لزمهما لأن الاستقراض تجارة ومبادلة معنى ، لأنه يملك المستقرض ويلزمه رد مثله فشابه المصارفة أو الاستعارة ، وأيهما كان نفذ على صاحبه أم مثله فى اللوالبجية ، وكذا فى الخانية من فصل شركة العنان ، لكن فى الخانية أيضاً قال أحد شريكي العنان إنى استقرضت من فلان ألف درهم للتجارة لزمه خاصة دون صاحبه ، لأن قوله لا يكون حجة لإلزام الدين عليه ، وإن أمر أحدهما صاحبه بالاستدانة لا يصح الأمر ولا يملك الاستدانة على صاحبه ويرجع المقرض على صاحبه ، لأن التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض وهو باطل ، لأنه توكيل بالكفى إلا أن يقول الوكيل للمقرض إن فلانا يستقرض منك ألف درهم فعينئذ يكون المال على الموكل لأعلى الوكيل أم لا لأنه يكون حينئذ رسولا والمستقرض هو المرسل ، وكذا لو قال فى اللوالبجية ، وإن أذن كل منهما لصاحبه بالاستدانة عليه لزمه خاصة ، فكان المقرض أن يأخذه منه وليس له أن يرجع على شريكه وهو الصحيح لأن التوكيل بالاستقراض باطل فصار الإذن وعدمه سواء أم : .

قلت : ويظهر من هذا أن المسألة قولين : أحدهما ما مر عن المحيط من أن لكل من شريكي العنان الاستقراض

شروا كرمًا فباعوا ثمرته ودفعوه لأحدهم ليحفظه فلسه في التراب ولم يجده حلف فقط .
 دفع الآخر مالا أقرضه نصفه وعقد الشركة في الكل فشرى أمتعة فطلب رب المال حصته ، إن لم يصبر لنصفه
 أخذ المتاع بقيمة الوقت .
 بينهما متاع على دابة في الطريق سقطت فآكترى أحدهما بغية الآخر خوفا من هلاك المتاع أو نقصه رجع
 بحصته قنية .

لأنه تجارة : أى مبادلة معنى : والثاني عدم الجواز ولو بصريح الإذن ، وهو الصحيح لموافقة لقولهم : إن
 التوكيل بالاستقراض باطل لأنه توكيل بالتكدي . ويانه أن الاستقراض تبرع ابتداء فكان في معنى التكدي : أى
 الشحادة . ويتفرع على ذلك أنه لو استقرض بالإذن وهلك القرض يهلك عليهما على القول الأول . وعلى الثاني
 يهلك على المستقرض ، لكن لا يخفى أن هذا لا يتأني مامر عن الجواهر . لأن ما استقرضه أحدهما مملكه المستقرض
 لعدم صحة الإذن فينفذ عليه ، فإذا أخذ المال ووضعه في مال الشركة وكان المال في يده بصدق فله أخذ نظيره ،
 لما قدمه المصنف أن الشريك أمين في المال فيقبل قوله بيمينه . وأما قوله وليس له أن يرجع على شريكه فذلك في
 إذا هلك القرض ، فلا يتأني قبول قوله إن بعض هذا المال قرض ، وأراد أخذ نظيره إذ لا رجوع في ذلك على
 الشريك ، وكذا لا يتأني ما قدمناه عند قوله لا يصح إقراره بدين من أنه يلزم المقر جميع الدين إن كان هو الذى وليه
 الخ لما قلنا ، نعم يشكل عليه مامر هناك في الشرح من أنه لو أقر بجمارية في يده من الشركة أنها لرجل لم يجوز في
 حصته شريكه ، إلا أن يجاب بأن المراد ما إذا علم بينة أو إقرار أنها من المال المشترك بينهما إذ لا يصدق على شريكه بل
 إقراره يقتصر عليه ، هذا ما ظهر لي في هذا المقام فاغتنم تحريره والسلام (قوله ودفعوه) أى الثمن المفهوم من البيع
 التزاما والمصنف صرح به اهـ (قوله فلسه في التراب) أى تراب الكرم الحصين بباب وغلق ، ولو في الأرض
 المملوكة لم يضمن إن جعل علامة والأرض كالأرض في المفاضة مطلقا جامع الفصولين . والفرق بين الكرم والأرض
 أن الكرم مطلوب لأجل الثمار فلا بد من كونه حرزا ، وأما الأرض فليست مقصودة سائعا في فاهم (قوله أقرضه نصفه)
 يحتمل أن يكون الإقراض بعد إفرازه أو قبله ، فإن قرض المشاع جائز بالإجماع كافي جامع الفصولين .

مطلب دفع ألفا على أن نصفه قرض ونصفه مضاربة أو شركة

وفي مضاربة التارخانية : ولو قال أخذ هذه الألف على أن نصفها قرض على أن تعمل بالنصف الآخر على
 أن يكون الربح لى جاز ولا يكره ، فإن تصرف بالألف وبيع كان بينهما على السواء والوضعية عليهما ، لأن
 نصف الألف صار ملكا للمضارب بالقرض والنصف الآخر مضاربة في يده ، وإن على أن نصفها قرض ونصفها مضاربة
 بالنصف جاز ولم يذكر الكراهة هنا هـ .

قلت : ويظهر عدم الكراهة في الثاني بالأولى ، والظاهر أن الشركة كالمفاوضة لو دفع ألفا نصفها قرض على
 أن يعمل بالألف بالشركة بينهما والربح بقدر المالين مثلا ، وأنه لا كراهة في ذلك لأنه ليس قرضا جرن نفعاً
 (قوله فطلب رب المال حصته) أى مما كان من الشركة منح ، والمراد أنه طلب مال القرضه ، فإن صبر إلى
 أن يصير مال الشركة ناضيا : أى دوامه ودناير يأخذ ما أقرضه من جنسه ، وإن لم يصبر لنصفه أخذ متاعا بقيمة
 الوقت ، والظاهر أنه مقيد برضا شريكه ، وإلا فله دفع قرضه من غير المتاع إن كان له غيره أو بأمره القاضى
 ببيعه ، وإنما قلنا إن المراد مال القرض ، لأنه لو كان المراد قسمة حصته من مال الشركة فإنه يقوم بقيمة يوم
 اشترياه ويكون الربح بينهما على قدره كما نقله في البحر عن التنايع (قوله بينهما متاع الخ) ولو كان بينهما

دابة مشتركة قال البيطارون لابد من كيبها فكواها الحاضر لم يضمن .

دار بين اثنين سكن أحدهما وخربت ، إن خربت بالسكنى ضمن .

طاحون مشتركة قال أحدهما لصاحبه عمرها فقال هذه العمارة تكفي لأرضي بعمارتك فعمرها لم يرجع جواهر الفتاوى .

وفي السراجية : طاحون مشترك أنفق أحدهما في عمارتها فليس بمطوع ، ولو أنفق على عبد مشترك أو أدى

خراج كرم مشترك فهو مطوع الكل من منح المصنف .

قلت : والضابط أن كل من أجبر أن يفعل مع شريكه إذا فعله أحدهما بلا إذن فهو مطوع وإلا لا ولا يجبر

الشريك على العماره إلا في ثلاث

بعبير حمل عليه أحدهما بأمر شريكه فسقط في الطريق فنحره ، إن كان ترجى حياته ضمن وإلا فلا ، ولو نحره أحسنه بضمن مطلقا وهو الأصح ، وكذا الشاة لو ذبحها الراعى على هذا التفصيل ، ولو ذبحها غيره بضمن ط ملخصا عن الهندية (قوله دابة مشتركة) أى بين حاضر وغائب ط (قوله قال البيطارون) جمع بيطار : معالج الدواب قاموس ط (قوله لم يضمن) أى إذا هلكت لأنه اعتمد على خير أهل المعرفة ، ومفهومه أنه لو فعله من تلقاء نفسه ضمن ط (قوله سكن أحدهما الخ) تقدمت مسائل الانتفاع بالمشارك في غيبة شريكه أول الباب عند قوله إلا في الحلاط والاختلاط ، وقد مر الكلام عليها (قوله طاحون مشتركة) أراد بها كل مالا يقسم ط (قوله عمرها) بصيغة الأمر : أى قال للآخر عمرها مئى فافهم (قوله لم يرجع) لأن شريكه يجبر على أن يفعل معه كما يعلم من الضابط الآتى (قوله فليس بمطوع) مخالف لما قبله والضابط (قوله فهو مطوع) لأنه يجبر على الإنفاق وعلى أداء الخراج ط .

مطلب مهم فيما إذا امتنع الشريك من العماره والإنفاق في المشترك

قال في جامع الفصولين : جاز الجبر على الإنفاق في قن وزرع ودابة مشتركة ، ولم يجبر ذو السفلى على البناء لأنه في الأول يصبر الممتنع عن النفقة متلفا حقا قائما لشريكه فيجبر ، بخلاف الثانى لأن حق ذى العلوق فائت ، إذ حقه قرار العلوق على السمل ولم يبق ، لكن باقى في الحافظ المشترك : لو انهدم وعرضته عريضة ، قيل لا يجبر ، وقيل يجبر وهو الأشبه لنضرو الشريك ، فعلى هذا القول ينبى أن يجبر ذو السفلى على البناء اه ملخصا . وذكر قبيله في قن أوزرع بينهما فغاب أحدهما وأنفق الآخر يكون مبرعا ، بخلاف ذى العلوق مع أن كلا لا يصل إلى إحياء حقه إلا بالإنفاق .

والفرق أن الأول غير مضطر ، لأن شريكه لو حاضرا يجبره القاضى على الإنفاق ، ولو غابا يأمر القاضى الحاضر به ليرجع على الآخر ، فلما زال الاضطراب كان مبرعا أي ذو العلوق مضطر في بناء السفلى ، إذ القاضى لا يجبره لو حاضرا فلا يأمر غيره لو غابا والمضطر ليس بمتبرع اه ملخصا .

وحاصله : أن في الجبر على الإنفاق على القن والزروع قولين وأنه ينبى أن يكون ذو السفلى كذلك . (قوله والضابط الخ) نقل هذا الضابط في مقررات قضاء البحر عن الإمام الحلوانى .

قلت : ولا بد من تقييده بما إذا كان يريد الإنفاق مضطرا إلى إنفاق شريكه معه فيقال إذا كان أحدهما مضطرا إلى الإنفاق معه وأنفق بلا إذن الآخر ، فإن كان الآخر الممتنع يجبر على الفعل معه فهو مطوع فتكفه من

رفعه إلى القاضي ليجبره وإلا لا : أى وإن لم يجبر الممتنع لا يكون منقطعاً فالأول كما في الثلاث التي ذكرها الشارح وكما في قرن وزرع وهابة على أحد القولين ، والثاني كما في سفل انهم ، فإن صاحبه لا يجبر على البناء على ما ر ، فلو العلو مضطر إلى البناء وصاحبه لا يجبر ، فإذا أنفق ذو العلو لا يكون متبرعا . ومثله الحائط المنهدم إذا كان عليه حولة لآخر على ما يأتي بيانه ، بخلاف ما إذا كان يريد الإنفاق غير مضطر وكان صاحبه لا يجبر كدار يمكن قسمتها وامتنع الشريك من العمارة فإنه لا يجبر ، فلو أنفق عليها الآخر بلا إذنه فهو متبرع لأنه غير مضطر ، إذ يمكنه أن يقسم حصته ويعمرها كما صرح به في الحانية . ويعلم مما يأتي من التقييد بما لا يقسم أيضا ، وبه علم أنه لا بد من التقييد بالاضطرار كما قلنا ، وإلا لزم أن لا يكون متبرعا حيث أدركته القسمة . وعلى هذا يحمل ما في جامع الفصولين حيث قال : والتحقيق أن الاضطراب يثبت فيما لا يجبر صاحبه لافيا يجبر ، ففي الأول يرجع لافي الثاني لو فعله بلا إذن ، وهذا يخلصك عن الاضطراب الواقع في هذا الباب اه ملخصا فافهم ، هذا .

وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي : حمام بن رجلين أو دولاب ونحوه مما نفوت بقسمته المفعة المقصودة . احتج إلى التهمة وامتنع أحدهما منها . قال بعضهم : يوجرها القاضي ليرمها بالأجرة أو بأذن لأحدهما بالإجارة يأخذ المزمة منها . وقال بعضهم : إن القاضي يأذن لغير الآتي بالإتفاق ثم يبيع صاحبه من الانتفاع به حتى يؤدي حصته ، والفتوى على هذا القول اه ومثله في الخيزية عن الحانية .

قلت : وهذا زيادة بيان لما سكت عنه الضابط المذكور ، وهو أنه إذا اضطرب ورفع الأمر إلى القاضي ليجبره ثم امتنع تمنا أو عجزا بأذن القاضي المضطر يرجع بقى أنه لم يذكر بماذا يرجع .

وفي جامع الفصولين : حائط بينهما وهي وخيف سقوطه فأراد أحدهما نقضه وأبى الآخر يجبر على بقية ولو هذا حائطا بينهما فإني أحدهما عن بناءه يجبر ، ولو انهدم لا يجبر ولكنه يبني الآخر بقيته حتى يأخذ نصف ما أنفق لو أنفق بأمر القاضي ونصف قيمة البناء لو أنفق بلا أمر القاضي ه . ونقل هذا الحكم في شرح الوهبانية عن الذخيرة في مسألة انهدام السفل وقال إنه الصحيح المختار للفتوى ، فلم أن هذا فيما لا يجبر عليه كالحائط والسفل أما ما يجبر عليه مثل مالا يقسم لا بد فيه عند الامتناع من إذن القاضي كما علمت ، خلافا لما سياتى عن لأشياء . وبه يظهر لك ما في قسمة الخيزية ، حيث مثل في عقار لا يقبل القسمة كالطاحون والحمام إذا احتاج إلى مرة وأفق أحد الشريكين من ماله ، أجاب : لا يكون متبرعا ويرجع بقيمة البناء بقدر حصته كما حققه في جامع الفصولين ، وجعل الفتوى عليه في الوالوجية قال في جامع الفصولين معزيا إلى فتاوى الفضل : طاحونة لهما أنفق أحدهما في مرمتها بلا إذن الآخر لم يكن متبرعا إذ لا يتوصل إلى الانتفاع بنصيبه إلا به اه فراجع كتب المذهب . وإن في هذه المسألة وقع تحجير واضطراب في كلام الأصحاب اه ملخصا .

قلت : ما نقله في جامع الفصولين عن الفضل قال عقبه أقول : ينبغي أن يكون على تفصيل قدمته اه .

قلت : أراد بالتفصيل ما مر من إناطة الرجوع وعدمه على الجبر وعدمه .

وحاصله أنه لم يرش بما في فتاوى الفضل ، لأن الشريك في الطاحون يجبر لكونها مالا يقسم فلا يرجع المصير بلا إذنه وبلا أمر القاضي . ويمكن تأويل كلام الفضل بحمله على ما إذا أنفق بأمر القاضي أو هو قول آخر كما يأتي وأما ما في الوالوجية فقد ذكره في مسألة السفل ، وهو ما قدمناه آنفا عن شرح الوهبانية عن الذخيرة بعينه ، وهذه المسألة لا يجبر فيها الشريك بمرجع عليه العمر وإن عمر بلا إذنه كما علمت ولا تنافس عليها مسألة الطاحون .

وصی وناظر وضرورة تغیر قسمه ککری نهر ورمه قنات وپیر ودولاب وسفینه معیبه وحافظ لایقسم اساسه فان كان الحائط یحتمل القسمه ویبني كل واحد فی نصیبه الستره لم یجبر

مطلب فی الحائط إذا خرب وطلب أحد الشریکین قسمته أو تعمیره

والذی نحصل (۱) فی هذا المثل أن الشریک إذا لم یضطر إلى العبارة مع شریکه بأن أسکنه القسمه فأنفق بلا إذنه فهو متبرع : وإن اضطر وكان الشریک یجبر علی العمل معه فلا بد من إذنه أو أمر القاضی فیرجع بما أنفق : وإلا فهو متبرع : إن اضطر وكان شریکه لایجبر ، فإن أنفق بلاذنه أو بأمر القاضی رجع بما أنفق أولا فبالقیمه ، فاعتزم تخویر هذا المقام الذی هو مزله أهتام الأقدام (قوله وصی وناظر) قال فی وصایا الخانیة : جدار بین دار صغیرین علی حوله یتخاف علیہ السقوط ولکل صغیر وصی فطلب أحد الوصیین مرمة الجدار وأی الآخر : قال الشیخ الإمام أبو بکر محمد بن الفضل : یبعت القاضی أمینا ینظر فیه إن علم أن فی تركه ضررا علیهما أجبر الآبی أن یبني مع صاحبه ویس هذا کبابه أحد المملکین ، لأن نعمة الآبی رضی بدخول الضرر علیہ فلا یجبر ، أما هنا الوصی أراد إدخال الضرر علی الصغیر فیحجر أن یرم مع صاحبه اه .

قلت : ویجب أن یکون الوقف کمال الیتم ، فإذا كانت الدار مشترکة بین وقفین واحتاجت إلى المرمة فأرادها أحد الناظرین وأی الآخر یجبر علی التعمیر من مال الوقف . وقد صارت حادثة الفتوی کذا فی محترقات قضاء البحر .

قلت : بقی لو كانت الشرکة بین بالغ ویتیم ، ویذنی أنه لو كان الضرر علی البالغ لایجبر وصی الیتیم ، بخلاف العکس ، وكذا لو بین یتیمین والضرر علی أحدهما ، بأن كانت حوله الجدار له فیذنی أن یجبر وصی المتضرر لو امتنع ، وكذا یقال فی الوقف مع المملک تأمل (قوله وضرر وتغیر قسمه) الإضافة للبیان ط (قوله ککری نهر) أى تعدیله (قوله فإن كان الحائط یحتمل القسمه) أى یحتمل أساسه القسمه ، بأن كان عریضا . وفى المسألة تفصیل لأنه إما أن یکون علی حوله أولا ، ففی الثانی إن طلب أحدهما القسمه وأی الآخر قبل لایجبر مطلقا ، وقبل یجبر لو عرصته عریضة وبه یفتی وإن طلب أحدهما البناء لا القسمه ، فالو عریضة لایجبر الآبی ، ولو غیر عریضة ، قبل لایجبر أيضا ، وقبل یجبر وهو الأشبه ، وإن بنی أحدهما قبل لایرجع لو عریضة لأنه غیر مضطر فیه وفى الأول وهو هو ما إذا كان علی حوله ، فاما أن تكون الحموله لها أولا أحدهما فإن كانت لها فإن طلب أحدهما قسمه عرصه الحائط لایجبر الآخر ولو عریضة إذ لكل منهما حق فی کامل العرصه وهو وضع الجذوع هل جمیع الحائط ، وإن طلب أحدهما البناء ، قبل لایجبر الآبی لو عریضة ، وقبل مطلقا ، وقبل یجبر مطلقا . وبه یفتی ، إذ فی عدم الحبر تعطیل حق شریکه ، وهو وضع الجذوع علی جمیع الحائط . ولو بنی بلا إذن ، قبل لو عریضة لایرجع وقبل یرجع ، وهو الصحیح لأنه مضطر ، كما لو كانت غیر عریضة ، لكن مر أن الفتوی علی أن شریکه یجبر علی البناء ولا اضطرار فیهما یجبر

(۱) (قوله الذی نحصل الم) قد نظمت هذا الحاصل لتسهيل حفظه فقلت

وإن یجبر الشرکة المشتركة	دون إذن هرجوع مادام
إن لم یکن لذلک مضطرا بأن	أسکنه قسمه ذلک السکن
أما إذا اضطر لذلک كان من	أول حل تعمیر یجبر وإن
بإذنه أو إذن قاض یرجع	وقوله بدون ذلک تبرع
ثم إذا اضطر ولا یجبر كما	فی السفلی والجدار یرجع بما
أنفق إن كان بلا إذن یبني	لذا ولألا فیهیئة البنا

وإلا أجبر وكذا كل مالا يشتم كحما ونخان وطاحون ونمامه في متفرقات قضاء البحر والعين والأشياء وفي غصب المجتبى زرع بلا إذن شريكه فندفع له شريكه نصف البذر ليكون الزرع بينهما قبل الثبات لم يجز وبعده جاز وإن أراد قلعه يقاسمه فيقلعه من نصيبه ويضمن الزارع نقصان الأرض بالقلع ، والصواب نقصان الزرع : وفي قسمة الأشياء المشتركة : إذا اتهم فأي أحدهما العارة ، فإن احتمل القسمة لأجير وقسم وإلا بقى ثم آخره ليزجج ونمامه في شركة المنظومة المحيية ، وفيها :

باع شريك شقصه لآخر	ولو بلا إذن شريك ناظر
فبا عدا الخلط والاختلاط	حوز ذاك البيع والتعاطى
ثم الشريك ههنا لو باع	حصته من فوس وابتاعا

عليه كما مر تحقيقه ، فينبغي أن يفتى بأنه متبرع ، وإن كانت الحموله لأحدهما وطلب صاحبه القسمة يجبر الآتي لمو عريضة وهو الصحيح وبه يفتى ، ولو أراد ذو الحموله البناء وأبى الآخر فالصحيح أنه يجبر ولو أبى فالصحيح أنه يرجع لما مر أنه مضطر ، ولو بناء الآخر والعريضة عريضة فهو متبرع ، ثم في كل موضع لم يكن الماني متبرعا كان له مع صاحبه من الانتفاع إلى أن يرد عليه ما أنفق أو قيمة البناء على ما مر . فلو قال صاحبه أنا لا أمتنع بأبني ، قيل لا يرجع الباني ، وقيل يرجع اه جامع الفصولين ملخصا (قوله وإلا أجبر) أي وإن لم يحتمل القسمة أجبر الآتي عن نفسه وهو الأشبه كما مر (قوله كحما الخ) أي إذا احتاج إلى مرمة أو قدر أو نحوه ، بخلاف إذا خرب وصار مضررا لأنه يمكن قسمته كما في جامع الفصولين (قوله بلا إذن شريكه) أي في الأرض بأن كانت مشتركة بينهما نصيبين (قوله لم يجز) لأنه بيع معنى فلا يصح في معدوم (قوله وإن أراد) أي غير الزارع (قوله يقاسمه) أي يقاسمه الأرض المشتركة بينهما (قوله فيقلعه) أي يقلع الزرع من نصيبه من الأرض . ونظير هذا ما قالوا فيها لو بى في دار مشتركة وطلب الآخر رفع البناء فإنه يقاسمه الدار ويأمره بهدم ما خرج من البناء في حصته (قوله وبضمن الزارع نقصان الأرض بالقلع) أي نقصان نصف الأرض لو انتقصت لأنه غاصب في نصيب شريكه شرح المنقبي (قوله والصواب نقصان الزرع) هذا من عند الشارح ، لأن عبارة المجتبى انتهت عند قوله نقصان الأرض بالقلع كما وجدته في نسخة معتمدة من نسخ المجتبى ، ولا وجه لتصويب الشارح ، فإن نقصان الزرع بإرادة مالكه على الخصوص . أما نقصان الأرض بالقلع ففرض للشريك لكونها ملكهما ، فإن القسمة وقعت على الزرع فقط لاعلى الأرض أيضا ، هذا ما ظهر لي فتأمل اه ح .

قلت : في عبارته قلب ، والصواب أن يقول فإن القسمة وقعت على الأرض فقط لاعلى الزرع أيضا . على أن ما فهمه من كلام الشارح غير متعين ، ويبعد من هذا الشارح القاضل أن يفهم هذا الفهم المعاطل ، بل مراده أن الصواب أن يقول ويضمن الزارع نقصان الأرض بالزرع ، لكنه اختصر العبارة فقال نقصان الزرع من إضافة المصدر إلى فاعله : أي ما نقصها الزرع ووجه التصويب أن الأرض ينقصها الزرع لا الفاعل لأنها تحوّل لأجل الزرع فإذا زرع ونبت الزرع محتاج إلى حرث آخر ، بل بعض أنواع الزرع يعطل الأرض بحيث لا يمكن زراعتها حتى تترك عامين أو أكثر . أما نفس القلع فليس ضرر الأرض منه فافهم (قوله وإلا بى ثم آخره ليرجع) أي آخره بإذن القاضى ليأخذ ما أنفق من الأجرة ، وهذا أحد قولين . والثاني أن القاضى يأذن له بالإعاق ثم يمنع صاحبه من الانتفاع به حتى يؤدي حصته ، وقد مرنا عن شرح الوهبانية للشرنبلال أن الفتوى على هذا القول . وعبارة الأشباه كما ذكره الشارح في آخر القسمة وإلا بى ثم آخره ليرجع بما أنفق لو بأمر قاض وإلا فقيمة البناء وقت البناء اه وقد مرنا أن هذا التفصيل فيها لا يجبر فيه الشريك (قوله باع شريك الخ) أي شركة الملك ، وهذه المسألة

وكان ذا بغير إذن الشركاء	ذلك منه الأجنبي وهل كما
من اشترى منه على ما قدر ووا	فإن يشاءوا ضمنوا الشريك أو
حصة حمام له من آخر	وإن يكن كل شريك أجرا
لذلك في تعبيرها وبالبنا	وكان شخص منهما قد أذنا
في ذابنا على الشريك الآخر	فلا رجوع صاح للمستاجر

تقدمت منا أول الباب عند قوله وكل أجنبي في مال صاحبه الخ (قوله وهل كما) أي القوس والألف فيه للإطلاق والمراد أنه هلك بيد المشتري (قوله وكان ذا) أي البيع المقرون بالتسليم، إذ البيع وحده لا يوجب الضمان لعدم تحقق الغصب به كما ذكره في كتاب الغصب. وفي البزاية قال: بعث الوديعة وقبضت منها لا يضمن ما لم يقل دفعها إلى المشتري (قوله فإن يشاءوا الخ) أي الشركاء. وفي الحامدية عن فتاوى قاضي المدابة والمنح: لما دابة فباع أحدهما نصيبه وسلمها إلى المشتري بغير إذن شريكه فهلكت عند المشتري فالشريك يغير بين أن يضمن شريكه أو المشتري، فإن ضمن الشريك جاز بيعه فنصف الثمن له، وإن ضمن المشتري رجع بنصف الثمن على بالعه والبائع لا يرجع بما ضمن على أحد كما هو حكم الغاصب اه. وبه علم أن بني الضمان هو التسليم إلى المشتري بدون إذن الشركاء لا مجرد البيع كما قلنا فافهم. ووجه الخيار هو أن البائع كالفاسب والمشتري كغاصب الغاصب (قوله وإن يكن كل شريك أجر الخ) هذه المسألة سئل عنها الإمام الفضل وأجاب فيها بعدم الرجوع. ثم قال: يحتمل أن يقال المستاجر يقوم مقام مؤجره فيما أنفق فيرجع على مؤجره وهو أي مؤجره على شريكه. ويحتمل أن يقال المستاجر لا يرجع على مؤجره بالأمر وأمره إنما يجوز على نفسه لاعل على غيره، فالمستاجر متبرع في نصيب شريكه فلا يرجع على أحد اه. وناقشه في جامع الفصولين بقوله: أقول: لو رّم المؤجر بنفسه، فلو كان له الرجوع على شريكه ينبغي أن يرجع المستاجر على مؤجره وهو على شريكه لصحة الأمر إذا أمر بها له ففعله فكانه رّم بنفسه، فلا معنى لقوله وأمره إنما يجوز على نفسه لاعل غيره، ولو لم يكن له الرجوع إذا رّم بنفسه لم يجز أمره على حق شريكه فلا رجوع، فلا يفيد قوله يقوم مقام مؤجره.

فالحاصل أن أحد الاحتمالين باطل إلا أن يكون قولان في رجوع المؤجر لو رّم بنفسه. والظاهر أن فيه قولين على ما يظهر مما تقدم، ولورمه المؤجر بنفسه يتأتى فيه ما من من تفصيل المطالبة وتركها والحضور والغيبة وأمر القاضى وحده، فينبغي أن يكون رجوعه على التفصيل اه:

قلت: وهو كلام وجيه، لكن تقدم عن فتاوى الفضل أنه لو أنفق في مرمة الطاحون لم يكن متبرعا أي بناء على أن الآتي لا يجبر، وهو مخالف للضابط المتقدم كما قدمنا تحريره، فالظاهر أن كلام الفضل هنا مبنى على ما ذكره في فتاواه فيرجع لو رّم بنفسه أو رّم مأموره وهو المستاجر، لأنه أمر بما يملك فعله فيرجع المستاجر عليه وهو يرجع على شريكه، أما عدم رجوع المستاجر على شريك المؤجر فظاهر لأنه أجنبي عنه. وقد كتب الشارح هنا على هامش عند قوله فلا رجوع صاح للمستاجر الخ مانعه:

قلت: ظاهره أنه يرجع على الآذن. بقى بجمع بكنه أو بمحضه فليراجع اه:

قلت: صريح عبارة الفضل المارة أنه يرجع على الآذن وهو المؤجر، وأنه يرجع بالكل على الاحتمال الأول وبمصلحة المؤجر فقط على الاحتمال الثاني لأنه جملة متبرعا في نصيب الشريك، وإذا قلنا بأنه يبعث للشريك الرجوع فالظاهر أن مأموره يرجع عليه بالكل، أما على مقتضى الضابط المشار فلا رجوع للشريك ويرجع

لو واحد من الشريكين سكن
فليس للشريك أن يطالبه
بأنه يسكن من الأول
بطلب أن يباني الشريكا
في الدار مدة مضت من الزمن
بأجرة السكنى ولا المطالبة
لكنه إن كان في المستقبل
بحاج فافهم ودع التشكيكا

كتاب الوقف

مناسبتة للشركة إدخال غيره معه في ماله ، غير أن ملكه باق فيها لأبيه .
(هو) لغة الحبس . وشرعا (حبس العين على) حكم (ملك الوقف والتصدق بالمفعة) ولو في الجملة ،

المأمور عليه بحصته فقط ، والله تعالى أعلم (قوله لو واحد من الشريكين سكن الخ) قدّمنا الكلام على هذه المسألة أول الباب قبيل شركة العقد (قوله بأجرة السكنى) أى ولو معد الاستغلال لأنه سكن بتأويل ملك فلا أجر عليه ، نعم لو كان وقفا أو مال يتم يلزمه أجر شريكه على ما اختاره المتأخرون ، وهو المعتمد كما سيأتي في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى (قوله لكنه الخ) هذا في غير الوقف ، لأن الوقف لا تجرى فيه القسمة ولا المهادنة كما يأتي ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

كتاب الوقف

هو مصدر وقفت أنفت : حيث ، ومنه الوقف لحبس الناس فيه للحساب ، وأوقفت لغة رديئة حتى ادعى المازني أنها لم تعرف من كلام العرب . قال الجوهري : وليس في الكلام أوقفت إلا حرفا وحدا ، أوقفت على الأمر الذي كنت عليه ، ثم اشتهر في الموقوف فقيل هذه الدار وقف ولذا جمع على أوقاف . وقد قال الشافعي رحمه الله تعالى : لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمت وإنما حبس أهل الإسلام . وفي وقف المية : الرباط أقصا من العتق (نهر) (قوله إدخال غيره معه في ماله) هذا في الشركة ظاهر . وأما في الوقف فلا يتم إلا إذا وقف على عب وغيره . وما في النهر أوضح ، حيث قال : مناسبتة بالشركة باعتبار أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال إلا أنه في الشركة على ملك صاحبه . وفي الوقف يخرج عنه عند الأكثر اه ح (قوله على حكم ملك الوقف) فنلاحظ حكم تبعا للإسعاف والشرعية ليكون تعريفا للوقف اللازم المتفق عليه . أما غير اللازم فإنه باق على ملك الوقف حقيقة عنده ، ولذا قال القهستاني : وشرعا عنده حبس العين ومنع الرقبة المملوكة بالقول عن تصرف الغير حال كونها مقتصرة على ملك الوقف ، فالرقبة باقية على ملكه في حياته وملك لو رثته بعد وفاته بحيث يباع ويوهب . ثم قال : ويشكل بالمسجد فإنه حبس على ملك الله تعالى بالإجماع ، اللهم إلا أن يقال إنه تعريف للوقت المختلف فيه اه .

والحاصل أن المصنف عرف الوقف المختلف والشارح قدر الحكم اختيارا للزام المتفق عليه ولكل جهة هو مولها لكن جهة الشارح أرجح من حيث أن المصنف قال هو حبس العين وذلك لا يناسب تعريف غير اللازم ، إذ لا حبس فيه لأنه غير ممنوع عن بيعه ونحوه ، بخلاف اللازم فإنه محبوس حقيقة ، وكثيرا ما تحقق رموز هذا الشرح الفاضل على الناظرين خصوصا من هو مولع بالاعتراض عليه فافهم .

مطلب لو وقف على الأغنياء وحدهم لم يجوز

(قوله ولو في الجملة) فيدخل فيه الوقف على نفسه ثم على الفقراء وكذا الوقف على الأغنياء ثم الفقراء ،

والأصح أنه (عنده) جائز غير لازم كالعارية (وعندهما هو حبسها على) حكم (ملك الله تعالى

لما في التهر عن المحيط: لو وقف على الأغنياء وحدهم لم يميز لأنه ليس بقربة، أما لو جعل آخره للفقراء فإنه يكون قربة في الجملة اهـ وبهذا التعميم صار التعريف جامعاً واستغنى عما زاده فيه الكمال، وتبعه ابن كمال من قوله أو صرف منفعتها إلى من أحب وقال إن الوقف يصح لمن يحب من الأغنياء بلا قصد القربة، وهو وإن كان لا بد في آخره من القربة بشرط التأيد كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفاً قبل انقراض الأغنياء بلا تصديق اهـ أفاده في التهر. وأجاب في البحر أيضاً بأنه قد يقال: إن الوقف على الغنى تصديق بالمنفعة لأن الصدقة تكون على الأغنياء أيضاً وإن كانت مجازاً عن الهبة عند بعضهم، وصرح في الذخيرة بأن في التصديق على الغنى نوع قربة دون قربة الفقير اهـ.

واعترضه ح بأن هذا النوع من القربة لو كفى في الوقف لصح الوقف على الأغنياء من غير أن يجعل آخره للفقراء وعلمت بتصريح المحيط بأنه لا يصح، وسيأتي قبيل الفصل:

قلت: والجواب الصحيح أن الوقف تصديق ابتداء وانتهاء، إذ لا بد من التصريح بالتصدق على وجه التأيد أو ما يقرم مقامه كما يأتي تحقيقه، ولكنه إذا جعل أوله على معينين صار كأنه استغنى ذلك من الدفع إلى الفقراء كما صرحوا به، ولذا لو وقف على بنيه ثم على الفقراء ولم يوجد إلا ابن واحد يعطى النصف والنصف الباقي للفقراء، لأن ما بطل من الوقف على الابن صار للفقراء، لأن الوقف خرج عن ملك الواقف بقوله صدقة موقوفة أبداً، فقد ابتداء بالصدقة وختمه بها كما قاله الخصاص، فعلم أنه صدقة ابتداء، ولا يخرجها عن ذلك اشتراط صرفه لمعين (قوله والأصح أنه عنده جائز الخ) قال في الإسعاف: وهو جائز عند علاننا أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى.

وذكر في الأصل: كان أبو حنيفة لا يميز الوقف فأخذ بعض الناس بظاهر هذا اللفظ وقال لا يجوز الوقف عنده. والصحيح أنه جائز عند الكل، وإنما الخلاف بينهم في لزوم وعده، فعنده يجوز جوازاً لإعارة، فتصرف منفعته إلى جهة الوقف مع بقاء العين على حكم ملك الواقف، ولو رجع عنه حال حياته جاز مع الكراهة، ويورث عنه، ولا يلزم إلا بأحد أمرين: إما أن يحكم به القاضي أو يخرج مخرج الوصية. وعندنا يلزم بدون ذلك، وهو قول عامة العلماء، وهو الصحيح. ثم إن أبا يوسف يقول يصير وقفاً بمجرد القول لأنه بمنزلة الإعاققة عنده، وعليه الفتوى: وقال محمد: لا إلا بأربعة شروط ستأتي اهـ ملخصاً:

وبحث في الفتحة بأنه إذا لم يزل ملكه عنده قبل الحكم فلفظ حبس لا معنى له، لأن له التصرف فيه متى شاء فلم يحدث الوقف إلا مشيئة التصديق بالمنفعة، وله أن يترك ذلك متى شاء، وهذا القدر كان ثابتاً قبل الوقف فلم يبدل لفظ الوقف شيئاً، وحينئذ فقول من أخذ بظاهر ما في الأصل صحيح. ونظر فيه في البحر بأن سلب الفائدة مطلقاً غير صحيح لأنه يصح الحكم به، ويعمل للفقير أن يأكل منه، ويثاب الواقف به، ويتبع شرطه، ويصح نصب المتولى عليه: وقول من أخذ بظاهر اللفظ غير صحيح، لأن ظاهره عدم الصحة أصلاً ولم يقل به أحد، وإلا لزم أن لا يصح الحكم به اهـ.

قلت: بل ذكر في الإسعاف أنه عنده يكون لنا بالتصدق حيث قال: وحكمه ما ذكر في تعريفه، فلو قال أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدة جازاً لازماً عند عامة العلماء. وعند أبي حنيفة يكون لنا بالصدقة بغلة الأرضين ويترك ملكه على حاله، فإذا مات يورث عنه اهـ: أي فيجب عليه التصديق بغلته (قوله على حكم ملك الله تعالى) قدر لفظ حكم ليفيد أن المراد أنه لم يبق على ملك الواقف ولا انتقل إلى ملك غيره، بل صار على حكم

وصرف منفعتها على من أحب) ولو غنيا فيلزم ، فلا يجوز له إبطاله ولا يورث عنه ، وعليه الفتوى ابن الكمال وابن الشحنة (وسببه إرادة محبوب النفس) في الدنيا ببرّ الأحباب وفي الآخرة بالثواب يعنى بالنية من أهلها ، لأنه مباح بدليل صحته من الكافر ، وقد يكون واجبا بالنذر فيصدق بها أو بضمنها ، ولو وقفها على من لا تجوز له الزكاة

ملك الله تعالى الذي لا ملك فيه لأحد سواه ، وإلا فالكل ملك لله تعالى . واستحسن في الفتح قول مالك رحمه الله أنه حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه ، لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب مثل أم الولد والمدير وحققه بما لا مزيد عليه .

قلت : والظاهر أن هذا مراد شمس الأئمة السرخسي حيث عرفه بأنه حبس المملوك عن التملك من الغير ، فإن الحبس يفيد أنه باق على ملكه كما كان وأنه لا يباع ولا يوهب (قوله وصرف منفعتها على من أحب) عبر به بدل قوله والصدق بالمنفعة لأنه أعم ، وإلى التعميم أشار بقوله ولو غنيا أفاده ح ، لكن علمت أن الوقف على الأغنياء وحدهم لا يجوز ، فالمناسب التعبير بالصدق بالمنفعة إلا أن يراد صرف منفعتها على وجه الصدق (قوله فيلزم) تفريع على ما أفاده التعريف من خروج العين عن ملك الواقف لثبوت التلازم بين الأروم والخروج عن ملكه باتفاق أئمتنا الثلاثة كما ذكره في الفتح (قوله وعليه الفتوى) أى على قولها يلزمه . قال في الفتح : والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه ، لأن الأحاديث والآثار متظافرة على ذلك ، واستدر عمل الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك فلذا ترجح خلاف قوله اه ملخصا (قوله ببرّ الأحباب) أى من يجب برهم ونفعهم من قريب أو فقير أجنبى (قوله يعنى بالنية) قيد للثواب ، إذ لا ثواب إلا بالنية (قوله من أهلها) وهو المسلم العاقل . وأما الأبايع فليس بشرط لصحة النية والثواب بها ، بل هو شرط هنا لصحة التبرع (قوله لأنه مباح الخ) يعنى قد يكون مباحا كما هو في البحر : والمراد أنه ليس موضوعا للتعبد به كالصلاة والحج بحيث لا يصح من الكافر أصلا بل للترتب به موقوف على نية القرابة ، فهو بدونها مباح حتى يصح من الكافر كالعتق والنكاح ، لكن العتق أنفذ منه حتى صح مع كونه حراما كالعتق للصنم ، بخلاف الوقف فإنه لا بد فيه من أن يكون في صورة القرابة ، وهو معنى ما يأتي في قوله ويشترط أن يكون قرابة في ذاته ، إذ لو اشترط كونه قرابة حقيقة لم يصح من الكافر هذا مظهره في فتاوى (قوله فيصدق بها أو بضمنها) خلط الشارح مسألة النذر بالوقف بمسألة ما لو كانت صيغة الوقف نذرا مع أن حكمهما مختلف ، فأما النذر به فقال في البحر : والثالث المنذور كما لو قال إن قدم ولدى فملى أن أقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء به ، فإن وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفع زكاته إليهم جاز في الحكم ونذره باق وإن وقفه على غيرهم سقط ، وإنما صح النذر لأن من جنسه واجبا ، فإنه يجب أن يتخذ الإمام للمسلمين مسجدا من بيت المال ، أو من ما لم يكن لم بيت مال كذا في فتح القدير ، وأما مسألة ما لو كانت صيغة الوقف نذرا فقال في البحر قبل هذا : التاسع لو قال : هـى للسبيل إن عمار فوه وقفا مؤبدا للفقراء كان كذلك وإلا صل فإن قال أردت الوقف صار وقفا لأنه محتمل لفظه ، أو قال أردت معنى صدقة فهو نذر فيصدق بها أو بضمنها ، وإن لم ينو كانت ميراثا ذكره في النوازل اه ح :

قلت : صيغة النذر بالوقف التي ذكرها في البحر غير متعينة فليكن الشارح أشار إلى صيغة غيرها تشمل المسائل التي كان قال إن قدم ولدى فملى أن أجعل هذه الدار للسبيل ، وحينئذ فإن أراد بالسبيل الصدقة كانت كذلك ، وقد ذكر حكمها بقوله فيصدق بها أو بضمنها ، وإن أراد الوقف أو كان مصارفا كانت وقفا وقد أفاد حكمها بقوله ولو وقفها الخ

جائز فی الحکم وبقی نذرہ و بهذا عرف صفته و حکمہ ما مر فی تعریفہ (و عملہ المال المتقوم و رکنہ الألفاظ الخاصة کم) أرضی
 هذه (صدقة موقوفة مؤبدہ علی المساکین و نحوہ) من الألفاظ کوقوفہ لله تعالى أو علی وجه الخیر أو البر و اکتفی
 أبو یوسف بلفظ موقوفة فقط قال الشہید ونحن نفی بہ للعرف (و شرطہ شرط سائر التبرعات) کحرية و تکلیف

و دقة نظر الشارح و إيجازه فی التعبير يفوق ذلك كما لا يخفى علی من مارس کتابہ فافهم (قوله جائز فی الحکم)
 أى صح الوقف فی حکم الشرع لصدوره من أهله فی عملہ ، و صح تعینہ الموقوف علیہ ، لکنہ لا یسقط بہ النذر
 لأن الصدقة الواجبة لا بد أن تكون لله تعالى علی الخلوص ، و صرفها إلی من لا تجوز شهادته له فیه نفع له فلم یخلص
 لله تعالى كما لو صرف إلیه الکفارة أو الزکاة و وقعت صدقة و بقيت فی ذمته (قوله و بهذا) أى بما ذکر من أنه یكون
 قربة بالنية و مباحا بدونها و واجبا بالنذر (قوله و حکمہ) أى الأثر المترتب علیہ (قوله ما مر فی تعریفہ) أى من أنه تصدق
 بالمضعة (قوله و عملہ المال المتقوم) أى بشرط أن یكون عقارا أو منقولا فیه تعامل کما سیأتی بیانه ، ثم رأیت هذا
 مسطورا فی الإصعاف .

مطلب قد یثبت الوقف بالضرورة

(قوله و رکنہ الألفاظ الخاصة) و هی ستة عشرون لفظا علی ما بسطہ فی البحر ، و منها ما فی الفتح حیث
 قال : فرع یثبت الوقف بالضرورة و صورته أن یوصی بغلة هذه الدار للمساکین أبدا أو لفلان و بعده للمساکین
 أبدا فإن الدار تصیر وقفا بالضرورة . و الوجه أنها کقولہ إذا مات فقد وقفت داری علی کذا أى فهو من المعلق
 بالموت ، و سیأتی الکلام علیہ وأنه کوصیة من الثلث و ذکر فی البحر أنها لو قال اشتروا من غلة داری هذه
 کل شهر بعشرة دراهم خیزا و فرقوه علی المساکین صارت الدار وقفا له و عزاء للخبرة و بسط الکلام علیہ
 فی أنفع الوسائل ، و قال : لا أعلم فی المسألة خلافا بین الأصحاب .

قلت : و مقتضاه أن الدار کلها تصیر وقفا من ثلث ماله و یصرف منها الخبز إلی ما عینہ الواقف ، و الباقی
 إلی الفقراء لأنهم مصرف الوقف فی الأصل ، سالم ینص علی غیرهم . و نظیره ما قدمناه لو وقف علی أولاده
 و لیس له إلا ولد واحد فله النصف و الباقی للفقراء ، و قد سألت عن نظیر هذه المسألة فی رجل أوصی بأن
 یؤخذ من غلة داره کل سنة کذا دراهم یشترى بها زیت لمسجد کذا ، ثم باع الورثة الدار و شرطوا علی المشترى
 دفع ذلك المبلغ فی کل سنة للمسجد ، فأفتیت بعدم صحة البیع ، و بأنها صارت وقفا حیث کانت تخرج من الثلث
 (قوله و اکتفی أبو یوسف بلفظ موقوفة الخ) أى بدون ذکر تأبید أو ما یدل علیہ کلفظ صدقة ، أو لفظ
 المساکین و نحوہ کالمسجد ، و هذا إذا لم یکن وقفا علی معین کرزید أو أولاد فلان ، فإنه لا یصح بلفظ موقوفة
 لمنافاة التعین للتأبید ، ولذا فرق بین موقوفة و بین موقوفة علی زید حیث أجاز الأول دون الثاني . ثم تعین
 المسجد لا یضر لأنه مؤبد و سیأتی تمامہ ، قال فی البحر : لا یصح أى موقوفة فقط إلا عند أبی یوسف فإنه یجعلها
 بمجرد هذا اللفظ موقوفة علی الفقراء ، وإذا کان مفیدا لخصوص المصرف أعتی الفقراء لزم کونه مؤبدا لأن جهة
 الفقراء لا تنقطع . قال الصدر الشہید و مشایخ بلخ یفتون بقول أبی یوسف ونحن نفی بہ أيضا لمکان العرف لأن
 العرف إذا کان یصرفه إلی الفقراء کان کالتعصیص علیهم اه .

قلت : و هذا بناء علی أن ذکر التأبید أو ما یدل علیہ غیر شرط عنده کما سیأتی بیانه (قوله و شرطہ شرط
 سائر التبرعات) أفاد أن الواقف لا بد أن یكون مالکہ وقت الوقف ملکا بائنا و لو بسبب فاسد ، و أن لا یكون

(وأن يكون) قربة في ذاته معلوما (منجزا) لا معلقا إلا بكان، ولا مضاعفا، ولا موقتا

محجورا عن التصرف، حتى لو وقف الغاصب المخصوص لم يصح، وإن ملكه بعد بشرائه أو صلح، ولو أجاز المالك وقف فضولى جاز وصح وقف ماثرا فاسدا بعد القبض وعليه القيمة للبائع، وكان شراء الهبة الفاسدة بعد القبض، بخلاف ما لو اشتراه بخيار البائع فوقها وإن أجاز البائع بعده وينقض وقف استحق بملك أو شفعة، وإن جعله مسجدا ووقف مريض أحاط دينه بماله بخلاف صحيح وسيأتي تمامه مع حكم وقف الموهون قبيل الفصل وكذا وقف محجور لسه أو دين كذا أطلقه الخصاص. قال في الفتح: ويبنى أنه إذا وقفها المحجور لسه على نفسه ثم على جهة لا تنقطع أن يصح على قول أبي يوسف، وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به الحاکم قال في البحر: وهو مدفوع بأن الوقف تبرع وهو ليس من أهله. وفي التبرع: يمكن أن يجاب بأن المنوع التبرع على غيره لا على نفسه كما هنا واستحقاق التبرع له إنما هو بعد موته (قوله وأن يكون قربة في ذاته) أي بأن يكون من حيث النظر إلى ذاته وصورته قربة، والمراد أن يحكم الشرع بأنه لو صدر من مسلم يكون قربة حملا على أنه قصد القربة، لكنه يدخل فيه ما لو وقف الذي على حج أو عمرة مع أنه لا يصح ولو أجرى الكلام على ظاهره لا يدخل فيه وقف الذي على الفقراء لأنه لا قربة من الذي، ولو حمل على أن المراد ما كان قربة في اعتقاد الواقف يدخل فيه وقف الذي على بيعة مع أنه لا يصح فعين أن هذا شرط في وقف المسلم فقط، بخلاف الذي لما في البحر وغيره أن شرط وقف الذي أن يكون قربة عندنا وعندهم كالوقف على الفقراء أو على مسجد القاسم، بخلاف الوقف على بيعة فإنه قربة عندهم فقط أو على حج أو عمرة فإنه قربة عندنا فقط فأفاد أن هذا شرط لوقف الذي فقط، لأن وقف المسلم لا يشترط كونه قربة عندهم بل عندنا كوقفنا على حج وعمرة بخلافه على بيعة فإنه غير قربة عندنا بل عندهم (قوله معلوما) حتى لو وقف شيئا من أرضه ولم يسمه لا يصح ولو بين بعد ذلك، وكذا لو قال وقفت هذه الأرض أو هذه، نعم لو وقف جميع حصته من هذه الأرض ولم يسم السهام جاز استحسانا، ولو قال: وهو ثلث جميع الدار فإذا هو النصف كان الكل وقفا كما في الخالية نهر أي كل النصف: وفي البحر عن المحيط: وقف أرضا فيها أشجار واستثنائها لا يصح لأنه صار مستثنا الأشجار بمواضعها فيصير الداخل تحت الوقف مجهولا (قوله منجزا) مقابله المعاق والمضاف (قوله لا معلقا) كقوله: إذا جاء غد أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا كلمت فلانا فأرضي هذه صدقة موقوفة أو إن شئت أو أحببت يكون الوقف باطلا، لأن الوقف لا يحتمل التعليق بالخطر لكونه مما لا يحلف به كما لا يصح تعاقب الهبة بخلاف الذر لأنه يحتمله ويحلف به، فاقول إن كلمت فلانا إذا قدم أو إن برئت من مرضي هذا فأرضي صدقة موقوفة يلزمه التصديق بعينها إذا وجد الشرط لأن هذا بمنزلة النذر واليمين إسعاف (قوله لا بكان) أو موجود للحال فلا ينافي عدم صحته معلقا بالموت قال في الإسعاف: ولو قال إن كانت هذه الأرض في ملكي فهي صدقة موقوفة، فإن كانت في ملكه وقت التكلم صح الوقف وإلا فلا، لأن التعليق بالشرط الكائن تنجيز (قوله ولا مضاعفا) يعنى إلى ما بعد الموت. فقد نقل في البحر أن محمدا نص في السير الكبير أنه إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باطلا عند أبي حنيفة اه. نعم سيأتي في الشرح أنه يكون وصية لازمة من الثلث بالموت لا قبله، أما لو قال داري صدقة موقوفة غدا فإنه صحيح كما جزم به في جامع الفصولين، وأقره في البحر والنهر وسيدكره المصنف قبيل باب الصرف، فراد الشارح بالمضاف الأول فلا غلط في كلامه فافهم (قوله ولا موقتا) كما إذا وقف داره يوما أو شهرا قاله الخصاص، وفصل هلال بين أن يشترط رجوعها إليه بعد الوقت فيبطل وإلا فلا. وظاهر الخالية اعتناؤه بحر ونهر ويأتي تمامه عند قول المصنف

ولا بخيار شرط ، ولا ذكر معه اشتراط بيعه وصرف ثمنه لحاجته ، فإن ذكره بطل وقفه بزانية . وفي الفتح : لو وقف المرتد فقتل أو مات أو ارتد المسلم بطل وقفه ، ولا يصح وقف مسلم أو ذمی على بیعة أو حرری قيل أو مجوسی ، وجاز على ذمی لأنه قربة حتى لو قال على أن من أسلم من ولده أو انتقل إلى غیر النصرانية فلا شيء له .

وإذا وقته بطل (قوله ولا بخيار شرط) معلوما كان أو مجهولا عند محمد وصححه هلال إسعاف : وفي طعن الهندي : وصح اشتراطه ثلاثة أيام عند الثاني ، ومحل الخلاف في غير وقف المسجد حتى لو اتخذ مسجدا على أنه بالخيار جاز والشرط باطل اه (قوله ولا ذكر معه اشتراط بيعه الخ) في الخصاف لو قال : على أن لي إخراجها من الوقف إلى غيره أو على أن أهبا وأنصدق بشئها ، أو على أن أهبا لمن شئت أو على أن أرهاق متى بدا لي وأخرجها عن الوقف بطل الوقف ، ثم ذكر أن هذا في غير المسجد ، أما المسجد لو اشترط إبطاله أو بيعه صح وبطل الشرط : قلت : ولو اشترط في الوقف استبداله صح وسيأتي بيانه .

[تمة] : لا يشترط قبول الموقوف عليه لو غير معين كالفقراء ، فلو لشخص بعينه وآخره للفقراء اشترط قبله في حقّه ، فإن قبله فالغلة له ، وإن رده فالفقراء ، ومن قبل ليس له الرد بعده ، ومن رده أول الأمر ليس اه القبول بعده ، ونظام الفروع في الإسعاف والبحر ، ولا يشترط أيضا وجود الموقوف عليه حين الوقف ، حتى لو وقف على مسجد هيا مكانه قبل أن يبنيه ، فالصحيح الجواز كما سيأتي ولا تحديد العقار ، بل الشرط كونه معلوما خلافا لما يوهمه كلام القنية والفتح ، نعم هو شرط الشهادة وسند ذكر تمامه عند قوله ولو وقف العقار بقره (قوله بطل وقفه) هو المختار جامع الفصولين وغيره .

مطلب في وقف المرتد والكافر

(قوله فقتل أو مات) أما إن أسلم صح كما في البحر (قوله أو ارتد المسلم بطل وقفه) ويصير ميراثا سواء قتل على رده أو مات أو عاد إلى الإسلام إلا أن أعاد الوقف بعد حوذه إلى الإسلام ، ويصح وقف المرتدة لأنها لا تقتل بغير وفي هذه المسألة الاحتياط في الابتداء لاقى البقاء عكس القاعدة ، فإن الردة المقارنة للوقف لا تبطله بل بتوقف ، بخلاف الطارئة فلأنها تبطله بها اه ط ، وسيأتي تمام الكلام على ذلك قبل الفصل الآتي (قوله ولا يصح وقف مسلم أو ذمی على بیعة) أما في المسلم فلعدم كونه قربة في ذاته ، وأما في الذمی فلعدم كونه قربة عندنا وعنده كما مر أفاده ح . لكن هذا إذا لم يجعل آخره للفقراء لما في الفتح : لو وقف أي الذمی على بیعة مثلا فإذا خربت يكون للفقراء كان للفقراء ابتداء ، ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثا عنه نص عليه الخصاف في وقفه ولم يحك فيه خلافا ومثله في الإسعاف ، ويظهر منه أن في عبارة البحر سقطا حيث قال : ولو وقف على بیعة فإذا خربت كان للفقراء لم يصح وكان ميراثا لأنه ليس بقربة عندنا اه :

قلت : ويتنبى أن يصح وقفا على الفقراء مطلقا على قول أبي يوسف المفتي به ، وهو عدم اشتراط التصريح بالتأيد كما مر ويأتي ، إلا أن يجب بأن التقييد بالبیعة يتأیّد كما قدمناه قريبا فتأمل (قوله وأحررى) لأنها قد نبهنا عن برهم ط (قوله قيل أو مجوسی) أشار إلى أن الصحيح صحة الوقف عليه ابتداء ، كما اختاره في القنية وفي الإسعاف لو وقف نصراني مثلا على مساكين أهل الذمة جاز صرفها لمساكين اليهود والمجوس لكونهم من أهل الذمة ، ولو عين مساكين أهل دينه تعينوا ، ولو صرفها للقيم إلى غيرهم ضمن وإن كان أهل الذمة ملة واحدة لتعين الوقف بمن بعينه الواقف .

لزم شرطه على المذهب (والملك يزول) عن الموقوف بأربعة بأفراز مسجد كما سيبيء و (بقضاء القاضي) لأنه يجتهد فيه، وصورته : أن يسلمه إلى المتولى

مطالب شرائط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع

(قوله على المذهب) فيه رد على الطرسوسى ، حيث شنع على الخصاف، بأنه جعل الكفر سبب لاستحقاق الإسلام سبب الحرمان : قال فى الفتح : ولا نعلم أحدا من أهل المذهب تعقب الخصاف غيظه ، وهذه باطل من الفقه ، فإن شرائط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع وهو مالك ، فله أن يجعل ماله حيث شاء فلم يكن معصية وله أن يخصص صنفا من الفقراء ولو كان الوضع فى كلهم قربة ، ولا شك أن التصديق على أهل الذمة قربة حتى جاز أن يدفع إليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا ، فكيف لا يعتبر شرطه فى صنف دون صنف من الفقراء ، رأيت لو وقف على فقراء أهل الذمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ، ولو دفع المولى إلى المسلمين ضمن فهذا مثله والإسلام ليس سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه لهذا المال وهو إفساد ما فيه ، المالك اه (قوله والملك يزول) أى ملك الواقف فيصير الوقف لازما للاتفاق على التلازم بين لزومه الخروج عن ملكه كما قدمناه عن الفتح (قوله بأربعة) هذا على قول الإمام ، لكن فيه أنه بالثاني والثالث لا برون المالك فيه عند الإمام ، حتى كان له الرجوع عنه مادام حيا كما سيبيء عليه الشارح (قوله بأفراز مسجد) غير الإفراز لأنه لو كان مشاعا لا يصبح إجماعا ، وأفاد أنه يلزم بلا قضاء (قوله وبقضاء القاضي) أى قضائه بزمومه كما فى الفتح وهو فى موضع آخر قبله بقوله أى بخروجه عن ملكه وكل صحيح لما قدمناه عنه آخرا من التلازم بين الخروج والزموم :

[تنبيه] : قال العلامة ابن الغرس فى الفواكه البيرية قالوا : القضاء بصحة الوقف لا يكون قضاء بزمومه وتوجيهه أن الوقف جائز غير لازم عند الإمام لازم عندهما فإذا قضى القاضي بصحته احتمل أن يكون قضى بذلك على مذهبه ، ولا معنى للجواز هنا إلا الصحة ، ولا يلزمها الزموم فيحتاج فى لزوم الوقف إلى التصريح بذلك ، وفيه نظر وجهه أن الإمام لم يقل بكون الوقف جائزا غير لازم مطلقا بل هو عنده لازم إذا علقه الواقف بالموت أو قضى به القاضي ، ولا شك أن القضاء بصحة الوقف قضاء بالوقف ، فيكون القضاء بصحته مقتضيا للزمومه ، فلا يحتاج إلى التصريح بالزموم فى القضاء به فليتأمل اه كلام ابن الغرس :

وحاصله : أن القضاء بصحته كالتقضاء بزمومه أو بخروجه عن ملكه وفيه نظر ، لأنهم انفقوا على صحة الوقف بمجرد القول ، وإنما الخلاف فى الزموم فالإمام لا يقول به ، وقد تقرر أن كل مجتهد فيه إذا حكم به حاكم يراه نفذ حكمه وصار مجمعا عليه ، فليس لحاكم غيره نقضه والوقف من هذا القبيل ، فإذا حكم بزمومه حاكم يراه لزم اتفاقا وارتفع الخلاف ، أما لو حكم بأصل الصحة فلا لأنها ليست محل الخلاف ، ولانسلم أنها تستلزم الزموم ولا لم يكن خلاف فيه مع أنه ثابت فتوهم يلزم عند الإمام بالتقضاء معناه بالتقضاء بزمومه أو بخروجه عن ملكه كما مر ، أما لو حكم بالصحة بأن وقع النزاع فيها فقط بأن ادعى عبده تعليق عتقه على وقفه أرضه فأنكر المولى صحة الوقف لكونه علقه بشرط مثلا فأنبت العبد أنه علقه بكانن فحكم الحاكم بصحته فهو صحيح ، ولا يستلزم الزموم لأنه ليس محل النزاع هذا ما يظهر للفكر القاتر فتدبره (قوله لأنه مجتهد فيه) أى أنه يسوغ فيه الاجتهاد ، والاختلاف بين الأئمة فيكون الحكم فيه راجعا للخلاف كما قلنا ، وهذا تعليل لزوال الملك ولزمومه عند الإمام للقال بعدم ذلك فافهم (قوله وصورته) أى صورة قضاء القاضي بزمومه (قوله أن يسلمه) أى يسلم الواقف

ثم يظهر الرجوع معين المنقح معزبا للفتح (المولى من قبل السلطان) لا المحكم وسيجيء أن البينة تقبل بلا دعوى ، ثم هل القضاء بالوقف قضاء على الكافة ، فلا تسمع فيه دعوى ملك آخر ، ووقف آخر أم لا فسمع أفق أبو السعود مفتى الروم بالأول ، وبه جزم في المنظومة المحبية ورجحه المصنف صونا عن الحيل لإبطاله ، لكنه نقل بعده عن البحر أن المعتمد الثاني وصححه في الفواكه البدرية وبه أفق المصنف (أو بالموت إذا خلق به) أى بموته كإذ مات

وقفه بعد أن نصب له متوليا (قوله ثم يظهر الرجوع) أى يدعى عند القاضى أنه رجع عن وقفه ، ويطلب رده إليه لعدم لزومه ، ويمتنع المتولى من رده إليه فيحكم القاضى بلزومه ، فيلزم عند الإمام أيضا لارتفاع الخلاف بالقضاء (قوله لا المحكم) فإن الصحيح أن يحكم لا يرتفع الخلاف ، وللقاضى أن يطله بحر عن الخانية ، ومثله في الإسعاف خلافا لما صححه في الجوهرة :

[تنبيه : قال في الإسعاف : ولو كان الواقف مجتهدا يرى لزوم الوقف فأقضى رأيه فيه وعزم على زوال ملكه عنه أو مقلدا فسأل فأفتى بالجواز قبله وعزم على ذلك لزم الوقف ، ولا يصح الرجوع فيه وإن تبدل رأى المجتهد وأفتى المقلد بعدم اللزوم بعد ذلك اه فهذا مما يزداد على ما يابزم به الوقف لكن قال في النهر بعد نقله له الظاهر ضعفه اه أى مخالفته لقول المدون يزول بقضاء القاضى ، وأيضا فإن العبرة لرأى الحاكم فلذا رجع إليه حكم يحكم به برأيه لا برأى الخصم ، والظاهر أن مافى الإسعاف صحيح بالنسبة إلى الديانة لأن المجتهد إذا تغير رأيه لا ينقض ما أقضاه أولا وكذا المقلد في حادثة ليس له الرجوع فيها بتقليده مجتهدا آخر ، أما لو رفعت حادثة ذلك المجتهد أو المقلد إلى حاكم آخر فإنه يحكم برأى نفسه كما قلنا ، ولذا قال ولا يصح الرجوع فيه ولم يقل ولا يصح الحكم بخلافه فاعتنم هذا التحرير (قوله وسيجيء) أى في أول الفصل الآتى (قوله أن البينة تقبل بلا دعوى) أى في الوقف لأن حكمه هو التصديق باللغة وهو حق الله تعالى ، وفي حقوق الله تعالى يصح القضاء بالشهادة من غير دعوى بحر عن المحيط ، وأشار بهذا إلى أن مامر من تصوره بالدعوى غير لازم لكن قال الخليل الرولى : والى الكلام في الحكم الراجع للخلاف لا الحكم بثبوت أصله فإنه غير محتاج إلى الدعوى عند البعض ، وأما الحكم باللزوم عند دعوى عدمه فلا يرفع الخلاف إلا بعد تمام الدعوى فيه ليصير في حادثة إذ المتنازع فيه حينئذ اللزوم وعدمه فرفع الخلاف اه (قوله قضاء على الكافة الخ) أى لأعلى المقتضى عليه فقط كما في دعوى الملك ، فإنه لو ادعى على ذى اليد أن هذا ملكه وحكم به القاضى تسمع دعوى رجل آخر على المدعى بأنه ملكه بخلاف ما إذا حكم لإنسان بالحرية ولو عارضة ، أو بملك امرأة أو بنسب أو بولاية عاتقة فإنه لا يسمع دعوى آخر عليه فإنه في هذه الأربعة قضاء على كافة الناس كما أفاده في البحر ، وسيجيء في باب الاستحقاق (قوله ورجحه المصنف) حيث قال : وينبغي أنه يفتى به ويعول عليه لما فيه من صون الوقف عن التعرض إليه بالحيل والتلايس والدعوى المتعلقة قصدا لإبطاله ، ولما فيه من النفع للوقف ، وقد صرح صاحب الحاوى القدسي بأنه يفتى بكل ما هو أنفع للوقف فيها اختلف العلماء فيه حتى نقضت الإجارة عند الزيادة الفاحشة نظرا للوقف وصيانة لحق الله تعالى وإبقاء للغير اه ط (قوله أن المعتمد الثاني) قال شيخنا حفظه الله تعالى ينبغي الإفتاء بهذا أن صرف الواقف بالحيل ، لأنه قد يقف عقار غيره ، ويقضى القاضى بلزومه لدفع دعوى مالكه وإلا يفتى بالأول اه وهو حسن وفيه جمع بين القولين (قوله أو بالموت الخ) معطوف على قوله بقضاء ومقتضاه أنه يزول الملك به ، وهو ضعيف كما أشار إليه الشارح : قال في الهداية : وهذا أى زوال الملك في حكم الحاكم صحيح ، لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه ، أما في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصديق بمنافه مؤيدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤيدا فيلزم اه .

فقد وقفت داری علی کذا ، فالصحيح أنه كوصية تلزم من الثلث بالموت لاقبله : قلت : ولو لوارثه وإن ردوه لكنه يقسم كالثلثين فقول البازية إنه إرث

والحاصل : أنه إذا علقه بوفته فالصحيح أنه وصية لازمة لكن لم يخرج عن ملكه ، فلا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه بعد موته لما يلزم من إبطال الوصية ، وله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا ، وإنما يلزم بعد موته بحر ، ومثله في الفتح :

وعصّل هذا : أن المعلق بالموت لا يكون وقفاً في الصحيح فلا يزول به الملك قبل الموت ، ولا بعده بل يكون وصية لازمة بعده حتى لا يجوز التصرف به لاقبله ، حتى جاز له الرجوع عنه ، وهذا معنى قول الشارح بالصحيح أنه كوصية الخ فإنه قصد به تحويل كلام المصنف ، لأن كلامه فيها يزول به الملك لافياً يلزم ، ولا يباقي هذا ما قدمناه من الاتفاق على التلازم بين اللزوم والخروج عن الملك ، لأن ذلك في الوقف ، وأما المعلق بالموت فليس وقفاً كما علمت فلا يلزم من لزومه وصية أن يخرج عن الملك (قوله فالصحيح أنه كوصية) قد علمت أنه تحويل لكلام المصنف لا لغيره : قال في الفتح : وإنما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف ، والوقف لا يقبل التعليق بالشرط اهـ واعترضه الحموي بأنه تعليق بكان وهو كالمعجز :

قلت : قدمنا أن المراد بالكان المحقق وجوده للحال فافهم (قوله ولو لوارثه الخ) أي يلزم من الثلث ولو كان وقفاً على وارثه وإن ردوه أي الورثة الموقوف عليهم أو وارث آخر .

مطلب في وقف المريض

وفي البحر عن الظهيرية : امرأة وقفت منزلاً في مرضها على بنتها ، ثم على أولادها وأولاد أولادها أبداً ما تناسلوا فإذا انقرضوا غلغلقوا ثم ماتت في مرضها ، وخلفت بنتين وأختاً لأب والأخت لا ترضى بما صنعت ، ولا مال لها سوى المنزل جاز الوقف في الثلث ولم يجز في الثلثين ، فيقسم الثلثان بين الورثة على قدر سهامهم ، ويوقف الثلث فما خرج من غلته قسم بين الورثة كلهم على قدر سهامهم ما عاشت البنات ، فإذا ماتت صرفت الغلة إلى أولادها وأولاد أولادها كما شرطت الواقعة لاحق للورثة في ذلك :

رجل وقف داراً له في مرضه على ثلاث بنات له ، وليس له وارث غيرهن قال الثلث من الدار وقف (١) والثلثان مطلق يصنعن بهما ما شئن . قال الفقيه أبو اللبث : هذا إما لم يجز أو إذا أجزن صار الكل وقفا عليهن اهـ وهذا عند أبي يوسف خلافاً لمحمد إسعاف أي لأنه مشاع حيث وقفه على الثلاثة ولم يقسمه كما يفهم من كلام الإسعاف (قوله لكنه يقسم) أي إذا ردوه يقسم الثلث الذي صار وقفاً أي تقسم غلته كالثلثين فتصرف مصرف الثلثين على الورثة كلهم مادام الموقوف عليه حياً أما إذا مات تقسم غلة الثلث الموقوف على من يصير له الوقف كما علمت : وبقي ما لو مات بعض الموقوف عليهم ، فإنه ينتقل سهمه إلى ورثته ما بقي أحد من الموقوف عليه حياً كما في الإسعاف (قوله فقول البازية) عبارتها أرضى هذه موقوفة على ابني فلان فإن مات فعلى ولدي وولد ولدي ونسل ، ولم تجز الورثة فهي إرث بين كل الورثة مادام الابن الموقوف عليه حياً فإذا مات صار كلها للنسل اهـ

(١) قوله (قال الثلث من الدار وقف الخ) أي لأن الوقف في المرض وصية تنفذ من الثلث فقط إلا بإجازة لكن صرحوا بأن الوصية للوارث لا يجوز ولعل مرادهم إن وجه المنافع وهو الوارث الآخر لصلى حق ، فإنه لم يوجب تجوز بلا إجازة لكن قد يقال إذا لم يوجب غيره فلم لا يجوز في الكل بل توقف جوازها في الثلثين هل الإجازة ؟ وقد يجاب بأن الشارح لم يجعل لوصي حقاً فيما زاد على الثلث فلم تجز في غلته وإن كانت للوارث بلا منازع إلا إذا أجازها ، هذا ما ظهر لرافة تعالى أعلم اهـ

(٤) - حاشية ابن عابدين - (٤)

أى حكما فلا خلل في عبارته فاعتبروا الوارث بالنظر للغة والوصية ، وإن ردوا بالنظر للغير وإن لم تنفذ لوارثه لأنها لم تتمحض له بل لغيره بعده فافهم

(قوله أى حكما) اعلم أن خبر المبتدأ ، وهو قول مدلول أى التفسيرية ، فكانه قال مفسر بالإرث حكما ، وحكما تمييز عن الإرث المقدر :

وحاصله : أن المراد أنه إرث من جهة الحكم أى من حيث إنه يقسم كالإرث على الفريضة الشرعية : مادام الموقوف عليه حيا ، وإلا ففي الحقيقة الثلث وقف والباقي ملك (قوله فلا خلل في عبارته) أى عبارة البزازی ، وهذا جواب عن قول النحر هي عبارة غير صحيحة لما مر عن الظهيرية أن الثلثين ملك والثلث وقف ، وأن غلة الثلث تقسم على الورثة مادام الموقوف عليه حيا اهـ :

قلت : والظاهر أن الاعتراض على عبارة البزازی من وجهين : الأول ما مر من قوله : فهي إرث وجوابه ما علمت من أنها إرث حكما : أى حصصة الوقف فقط . والثاني قوله فلذا مات صار كلها للنسل ، فإنه غير صحيح أيضا لأن الذي يصير للنسل هو الثلث الموقوف ، أما الثلثان فهما ملك للورثة حيث لم يميزوا . والذي يظهر في الجواب عن الوجهين أن الضمير في قوله فهي إرث راجع إلى غلة الثلث الموقوف ، وكذا ضمير قوله صار كلها للنسل ، أو يقال مراده مادا كانت الأرض كلها تخرج من الثلث فلها حينئذ نصيب كلها وقفا وحيث لم يميزوا تقسم غلتها كالإرث ثم بعد موت الابن يصير كلها للنسل بؤيد ما قلنا ما في البزازیة أيضا : وقف أرضه في مرضه على بعض ورثته فلان أجاز الورثة فهو كما قالوا في الوصية لبعض ورثته ، وإلا فلان كانت تخرج من الثلث صارت الأرض وقفا وإلا فقدر ما خرج من الثلث يصير وقفا ثم تقسم جمع غلة الوقف ما جاز فيه الوقف ، وما لم يجز على فرائض الله تعالى مادام الموقوف عليه أو أحدهم في الإحياء ، فإذا أضرخوا كلهم تصرف غلة الأرض إلى الفقراء إن لم يوص الوارث إلى واحد من ورثته ، وأومات أحد من الموقوف عليهم من الورثة وبنى الآخرون فلان الميت في قسمة الغلة مادام الموقوف عليهم أحياء كأنه حي ، فيقسم ثم يجعل سهمه ميراثا لورثته الذين لاحصة لهم من الوقف اهـ ، بئى لو وقفها في مرضه ثم مات عن زوجة ولم تجز في البحر : ينبغي أن يكون لها السدس والباقي وقف ، لما في وصايا البرازية لو مات عن زوجة وأوصى بكل ماله لرجل ، فلان أجازت فالكل له ، وإلا فالسدس لها وخمسة الأسداس له لأن الموصى له يأخذ الثلث أولا بئى أربعة تأخذ الربع والثلاثة الباقية له فحصل له خمسة من ستة اهـ . ولا شك أن الوقف في مرض الموت وصية اهـ (قوله فاعتبروا الوارث الخ) قال في البحر : والجاصل : أن المريض إذا وقف على بعض ورثته ثم حل أولادهن ثم حل الفقراء فلان أجاز الوارث الآخر كان الكل وقفا واتباع الشرط وإلا كان الثلثان ملكا بين الورثة والثلث وقف مع أن الوصية لبعض لا تنفذ في شيء ، لأنه لم يتمحض للوارث لأنه بعده لغيره فاعتبر الغير بالنظر إلى الثلث واعتبر الوارث بالنظر إلى غلة الثلث الذي صار وقفا فلا يتبع الشرط مادام الوارث حيا وإنما تقسم غلة هذا الثلث على فرائض الله تعالى ، فإذا انقرض الوارث الموقوف عليه اعتبر شرطه في غلة الثلث اهـ (قوله بالنظر للغة) ولهذا الاعتبار قسموها كالثلثين اهـ ح (قوله والوصية) بالنصب عطفًا على قوله الوارث أى واعتبروا الوصية بالنظر للغير وكان حق العبارة أن يقول : فاعتبروا الغير بالنظر إلى الوصية أى إلى لزومها ط (قوله وإن ردوا) أى الورثة أى بقيتهم ط ، وكذا لو رد كلهم كما قدمناه عن الظهيرية (قوله وإن لم تنفذ لوارثه) الأوضح أن يقول : لعدم نفاذها للوارث ، ويكون حلة لقوله ، والوصية بالنظر للغير يعنى إنما اعتبر الغير في لزوم الوصية لعدم نفاذها للوارث ط (قوله لأنها لم تتمحض له) حلة لقوله واعتبروا الوصية ح (قوله فافهم) أمر بالفهم لدقة المقام .

(أو بقوله وقفها في حياتي وبعد وفاتي، مؤبداً) فإنه جائز عندهم، لكن عند الإمام مادام حياً هو نفى بالتصدق بالغة فعلية الوفاء وله الرجوع: ولو لم يرجع حتى مات جاز من المثل.

قلت: ففي هذين الأمرين له الرجوع مادام حياً غنياً أو فقيراً بأمر قاض أو غيره شربلالية. فقول الدرر لو افترق بفسخه القاضي لو غير مسجل منظوريه

ثم اعلم أن ما ذكره الشارح من قوله قلت: إلى هنا ليس هذا عمله. لأن خروج المثل بالصدقة أو بالتعليق بالموت تفريع على قول الإمام أو بيان لمسألة إجماعية كما يأتي عن النهر، وما ذكره هنا مصور في مسألة الوقف في المرض فكان عليه أن يذكره آخر الباب عند الكلام على وقف المريض: لأن ذكره هنا يؤهم أن الوقف في مرض يلزم عند الإمام نظير التعليق بالموت وليس كذلك. ففي البحر عن الهداية ولو وقف في مرض مائة الف الطحاوي: هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة وعندها يلزم إلا أنه يعتبر من حيث الوقف في الصحة من جميع المال اهـ.

والحاصل: أن ما ذكره الشارح صحيح من حيث الحكم لكنه على قولهما وظاهر كلامهم عتدهم. أما عن قول الإمام الذي الكلام فيه فلا في الصحيح كما علمته من عبارة البحر. والعجب ممن نقل صدر عبارة البحر المذكورة ولم ينظر تمامها فافهم، ثم هذا بخلاف ما إذا أوصى أن تكون وقفاً بعد وفاته فإن له الرجوع لأنه وصية بعد الموت والذي تجزئه في مرضه يصبر وقف الصحة إذا برئ من مرضه فافترقا كما في الخصاص (قوله أو بقوله الخ) ذكر الحياة والموت غير قيد لإغناء التأيد منه. قال في الإسعاف: لو قال أرضى هذه صدقة، وقوفة مؤبدة، جز عند عامة العلماء إلا أن محمد اشترط التسليم إلى التولي واختاره جماعة. وعند الإمام يكون نفراً بالصدقة بعة الأرض، ويبقى ملكه على حاله فإذا مات تورث عنه اهـ (قوله فإنه جائز عندهم) أي عند أئمتنا الثلاثة وهذا أيضاً نحو قول المصنف عن ظاهره إصلاحه لأن كلامه فيها يزول به الملك عند الإمام (قوله لكن الخ) أفاد أنه عند صاحبين جائز لازم تأمل (قوله وله الرجوع) أي مع الكراهة كما قدمناه عن الإسعاف (قوله جاز من الثالث) ويكون كالعبد الموصى بخدمته لإعسان، فالخدمة له والرقبة على مالكها، فالوصية له يصير العبد ميراثاً لورثة المالك، إلا أن في الوقف لا يتوهم انقطاع الموصى لهم وهم الفقراء فتتأبد هذه الوصية إسعاف ودرر (قوله ففي هذين الأمرين) أي فيما إذا علقه بالموت، وفيما إذا قال: وقفها في حياتي وبعد مماتي، وقد استوى الأمران من حيث أنهما يفيدان الخروج والزموم بموت الواقف بخلاف الأمر الأول والرابع، وهما ما إذا حكم به حاكم أو أفرزه مسجداً فلأنهما يفيدان الخروج والزموم في حياته بلا توقف على موته كما في الشربلالية فاللزم فيهما حالي وفي الآخرين مآلي (قوله له الرجوع) الظاهر أن هذا على قوله، أما على قولهما فالظاهر أنه وقف لازم، لكن ينافية ما قدمناه في تعليقه بالموت من أنه لا يكون وقفاً في الصحيح، بل هو وصية لازمة بعد الموت لا قبله فله الرجوع قبله لما يلزم على جعله وقفاً من جواز تعليقه والوقف لا يقبل التعليق تأمل. نعم لا تطبيق في المسألة الثانية فاللزم فيها ظاهر عندهما (قوله لو غير مسجل) أي محكوم به فأطلق التسجيل، وهو الكتابة في السجل وأراد ملزومه وهو الحكم لأنه في العرف إذا حكم بشيء كتب في السجل ط (قوله منظور فيه) لأن في هذين الأمرين له الرجوع بلا اشتراط فقر ولا فسح قاض على قول الإمام كما علمته، وسيأتي تمام الكلام على ذلك قبيل الفصل عند قول المصنف: أطلق القاضي بيع الوقف عبر المسجل لو ارث الواقف فباع صحيح ولو لغيره لا.

(ولایتم) الوقف (حتى یقبض) لم یقل للمتولی لأن تسلیم کل شیء بما یلیق به ففی المسجد بالإفراز وفی غیره نصب المتولی وبتسلیمه لیاہ ابن کمال (ویقرز) فلا یجوز وقف مشاع یقسم خلافا للثانی (ویجعل آخره لجهة) قرۃ (لاتقطع) هذا بیان شرائطه الخاصة علی قول محمد ،

مطلب شروط الوقف علی قولهما

(قوله ولایتم الوقف الخ) شروع فی شروطه علی القول بلزومه كما أشار إلیہ الشارح بعد (قوله لأن تسلیم الخ) ولیشمل تسلیمه إلی الموقوف علیهم كما فی العزمیة عن الخانیة (قوله ففی المسجد بالإفراز) أى والصلاة فیه وسیاتی وفی المقبرة بدفی واحد فصاعدا بإذنه وفی السقایة بشرب واحد ، وفی الحان بنزل واحد من المارة ، لكن السقایة الیی محتاج إلی صب الماء فیه ، والحنان الذی ینزلہ الحاج بمکة والغزاة بالنثر لابد فیهما من التسلیم إلی المتولی ، لأن نزولهم یمکن فی السنة مرة ، فیمحتاج إلی من یقوم بمصالحه وإلی من یصب الماء فیهما إسماعیل (قوله وفی غیره) أى غیر المسجد ونحوه بما ذکرناه . وفی القهستانی : أن التسلیم لیس بشرط إذا جعل الواقف نفسه قیا ، ولا یعتبر التسلیم للمشرف ، لأنه حافظ لا غیره لكن فیه أن من شرط التسلیم وهو محمد لم یصحح تولیة الواقف نفسه ومن صححها وهو أبو یوسف لم یشرطه تأمل (۱) (قوله ویقرز) أى بالقسمه وهذا الشرط وإن کان مقرها علی اشتراط القبض ، لأن القسمه من تمامه إلا أنه نص علیه رضاحا وأبو یوسف لما لم یشرط التسلیم أجاز وقف المشاع ، والحلاف فیا یقبل القسمه ، أما ما لا یقبلها كالخمام والبئر والرحی فیمجوز اتفاقا إلا فی المسجد والمقبرة لأن بقاء الشریکة یمنع الخلو فی نفسه تعالى نهر وفتح (قوله فلا یجوز وقف مشاع یقسم الخ) شمل ما لو استحق جزء من الأرض شائع فیطل فی الباقی ، لأن الشیوع مقارن كما فی الهبة بخلاف ما لو رجع الوارث فی الثلثین بعد موت الواقف فی مرضه وفی المال ضیق ، لأنه شیوع طاری ، ولو استحق جزء معین لم یبطل فی الباقی لعدم الشیوع بحر من الهدایة ، ولو بینهما أرض وقفها ودفعها معا إلی قیم واحد جاز اتفاقا لأن المانع من الجواز عند محمد هو الشیوع وقت القبض لا وقت العقد ، ولم یوجد ههنا لوجودهما معا منهما ، وكذا لو وقف کل منهما نصیبه علی جهة وسلمه معا لقم واحد لعدم الشیوع وقت القبض ، وكذا لو اختلفا فی وقعیهما جهة وقیا واتخذ زمان تسلیمهما مالها أو قال کل منهما لقیمة قبض نصیبی مع نصیب صاحبی لأنها صارا کتول واحد ، بخلاف ما لو وقف کل واحد وحده وسلم لقیمة وحده ، فلا یصح عند محمد لوجود الشیوع وقت العقد وتمکنه وقت القبض إسماعیل وفیه ایضا وقفت دارها علی بنتها الثلاث ثم علی الفقراء ولا مال لها غیرها ولا وارث غیرهن فالثالث وقف والثلاث میراث لهن وهذا عند أبی یوسف خلافا ل محمد اه أى لأنه مشاع (۲) حیث لم تقسمه بینهن ؟

مطلب فی الکلام علی اشتراط التأیید

(قوله ویجعل آخره لجهة قرۃ لاتقطع) یعنی لابد أن ینص علی التأیید عند محمد خلافا لأبی یوسف اه ح ویاتی بیانه وهذا فی غیر المسجد إذ لا مخالفة ل محمد فی لزومه بل هو موافق للإمام فیه ، وتماه فی الشر نیلایة (قوله هذا بیان) أى ما ذکره المصنف تبعا للکثر وغیره من قوله ولایتم حتی یقبض وأشار إلی ما فی النهر حیث قال فإن

(۱) (قوله وهو أبو یوسف لم یشرطه تأمل) قال شیخنا : لكن یأتی فی الشارح نقل الإجماع من الزلی علی صفة جمل الواقف نفسه فیهما ، لكن ناقض الزلی علیما قاسم فی حکایة الإجماع ونقل المصنف انحصار صاحب التبر الزلی بأن من یحب فی هذه المسألة رواةین فحکایة الإجماع صحیحة علی إحداها وحل دله الروایة یحمل کلام القهستانی اه .
(۲) (قوله أنه لأنه مشاع الخ) فیه أن هذا الشیوع طار ، وهو لا یقتضی بطلان الوقف منه محمد لهذا التعلیل فیر سقیم .

لأنه كالصدقة ، وجعله أبو يوسف كالإعتاق

قلت : هذا متاف لقوله أولا والمالك يزول بالقضاء إذ مفاده أنه لا يزول بغيره ولو توفرت هذه الشروط :
قلت : الأولى أن يحمل مقاله أولا على مسألة إجماعية هي أن الملك بالقضاء يزول ، أما إذا خلا عن القضاء فلا يزول إلا بعد هذه الشروط عند محمد (۱) واختاره المصنف تبعاً لعامة المشايخ وعليه الفتوى وكثير من المشايخ أخذوا بقول أبي يوسف وقالوا : إن عليه الفتوى ولم يرجع أحد قول الإمام وهذا التقرير اندفع مافي البحر كره مثنى أولاً على قول الإمام وثانياً على قول غيره وهذا مما لا ينبغي في المخون الموضوع للتعليم اهـ (قوله لأنه كالصدقة) أي فلا بد من القبض والإفراز اهـ ح (قوله وجعله أبو يوسف كالإعتاق) فلذلك لم يشترط القبض والإفراز اهـ ح : أي فيلزم عنده بمجرد القول كالإعتاق بجامع إسقاط الملك ، قال في الدرر : والصحيح أن التأيد شرط اتفاقاً لكن ذكره ليس بشرط عند أبي يوسف وعند محمد لا بد أن ينص عليه اهـ وصححه في الهداية أيضاً وقال في الإسعاف : لو قال وقتت أرضي هذه على ولد زيد وذكر جماعة بأعيانهم لم يصح عند أبي يوسف أيضاً لأن تعيين الموقوف عليه بمنع إرادة غير خلاف ما إذا لم يعين لجعله إياه على الفقراء ، ألا ترى أنه فرق بين قوله موقوفة وبين قوله موقوفة على ولدي فصحيح الأول دون الثاني ، لأن مطلق قوله موقوفة يصرف إلى الفقراء عرفاً ، فإذا ذكر الولد صار مقيداً ، فلا يبقى العرف ، فظهر بهذا أن الخلاف بينهما في اشتراط ذكر التأيد وعدمه إنما هو في التنصيص عليه أو على ما يقوم مقامه كالفقراء ونحوهم .

مطلب التأيد معنى شرطه اتفاقاً

وأما التأيد معنى فشرط اتفاقاً على الصحيح وقد نص عليه محققو المشايخ اهـ .
قلت : ومقتضاه أن المقيد باطل اتفاقاً ، لكن ذكر في البازية أن عن أبي يوسف في التأيد روايتين الأولى أنه غير شرط حتى لو قال : وقتت على أولادي ، ولم يزد جاز الوقف ، وإذا انقضوا عاد إلى ملكه لو حيا وإلا فإلى ملك الوارث. والثانية : أنه شرط لكن ذكره غير شرط حتى تصرف الغلة بعد الأولاد إلى المقرأه ومقتضاه أنه على الرواية الأولى يصح كل من الوقف والتقييد ، وعلى الثانية يصح الوقف وبطل التقييد ، لكن ذكر في البحر أن ظاهر المجتبى والخلاصة أن الروايتين عنه فيها إذا ذكر لفظ الصدقة أما إذا ذكر لفظ الوقف فقط ، لا يجوز اتفاقاً إذا كان الموقوف عليه ميتاً اهـ .

مطلب مهم فرق أبو يوسف بين قوله موقوفة وقوله موقوفة على فلان

قلت : ويشهد له مافي اللخيرة لو قال : أرضي هذه صدقة موقوفة فهي وقف بلا خلاف إذا لم يعين إنساناً فلو عين وذكر مع لفظ الوقف لفظ صدقة بأن قال صدقة موقوفة على فلان جاز ويصرف بعده إلى الفقراء ثم ذكر بعده عن المتنبى أنه يجوز مادام فلان حيا ، وبعبارة يرجع إلى ملك الواقف أو إلى ورثته بعده اهـ وفيها أيضاً لو عين كرقبتها على فلان لا يجوز اهـ ، فهذا يدل على أن الروايتين عن أبي يوسف فيها إذا ذكر لفظ صدقة مع موقوفة وعين الموقوف عليه ، أما إذا لم يعينه يجوز بلا خلاف ، وإذا أفرد موقوفة وعين لا يجوز بلا خلاف ، خلافاً لما

(۱) قال شيخنا : والظاهر أن ملة بطلان هذا الوقت عند محمد معتم السليم إلى المنول وقول المجتبى حيث لم يقسمه على غير ظاهر للتعامل فيه ، فإنه لم يقل أحد بالاشتراط القسمة بين الموقوف عليه اهـ .

فی البرازية حيث جعل الروایتین فيه ، فإنه يقتضى صحة الوقف ، ويخالفه أيضا كلام الإسعاف وقوله فى الهداية :
وقيل إن التأييد شرط الإجماع إلا أن عند أبى يوسف لا يشترط ذكره ، لأن لفظ الوقف والصدقة ، نبى عنه ، ولهذا
قال فى الكتاب وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم ، وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكره شرط الخ بقوله لأن
لفظ الوقف والصدقة يفيد أن الكلام فى ذكرهما معالاف ذكر لفظ الوقف فقط ، ويوضحه ، فى الخاتمة لو قال : صدقة
موقوفة على فلان صح ويصير تقديره صدقة موقوفة على الفقراء لأن محل الصدقة الفقراء إلا أن غلظت تكون لفلان مادام
حيا ، ولو قال موقوفة على فقراء قرأى أو على ولدى لا يصح لأنهم ينقطعون ، فلا يتأيد الوقف وبدون التأييد لا يصح
إلا أن يجعل آخره للفقراء فرق أبو يوسف بين قوله : موقوفة وبين قوله ، موقوفة على ولدى فيصح الأول لا الثانى اه
أى لأن الثانى ذكر مقيدا بالموقوف عليه المعين ، وذلك ينافى التأييد حيث لم يصرح به ولا بماى معناه ، بخلاف ، إذا
قال ، موقوفة فقط لانصرافه إلى الفقراء عرفا فهو مؤبد ، وكذا صدقة موقوفة على فلان فإنه وإن قيد بمعين لكنه
، طلق ، لأن الصدقة للفقراء ، فكأنه قال وبعد فلان فعل الفقراء فيكون مؤبدا ، لكن إذا لم يقيد بمعين فهو مؤبد
بلا خلاف فيصح عند محمد أيضا كما مر لعدم صفى التأييد أصلا ، ولذا قال فى الخاتمة : لو قال موقوفة ولم يزد
لا يجوز إلا عند أبى يوسف ويكون وفقا على المساكين ، ولو قال : موقوفة صدقة أو صدقة موقوفة ولم يزد جاز
عند أبى يوسف ومحمد وهلال ، وقيل لا ، لم يقل وأخرها للمساكين أبدا والصحيح الجواز ، لأن محل الصدقة فى
الأصل الفقراء فلا يحتاج إلى ذكرهم ولا انقطاع لم فلا يحتاج إلى ذكر الأبد أيضا اه فهذا صريح فى أن التصريح
بالصدقة تصريح بالتأييد ، فيجوز هنا بلا خلاف إن لم يعين ، فلو عين لم يجز عند محمد وجاز عند أبى يوسف
ثم بعد انقطاعه يعود إلى الفقراء كما صحه فى الهداية ، وعليه المتن كالقدورى والمتن والفتاوى وغيرها أو يعود
إلى ملك الواقف أو ورثته . وسذكر الشارح تصحيحه ، لكن نقل فى الذخيرة أن هذا القول مذکور فى شرح
الطحاوى وشرح السرخسى ، وأن بعض المشايخ قالوا إنه خطأ .

قلت : ويؤيده ما مر من الإسعاف من أن التأييد معنى شرط اتفاقا ، وإذا عاد إلى الملك لم يكن مؤبدا إلا
لفظا ومعنى .
والحاصل : أنه لا خلاف عندهما فى صحة الوقف مع عدم تعيين الموقوف عليه إذا ذكر لفظ التأييد ، وأما فى
معناه كالفقراء وكلفظ صدقته موقوفة وكوقوفة لله تعالى وكوقوفة على وجوه البر ، لأنه عبارة عن الصدقة ،
وكذا موقوفة على الجهاد أو على أكفان الموتى ، أو حفر القبور كما فى الخاتمة وغيرها ، وأنه لا خلاف فى بطلانه
لو انقصر على لفظ موقوفة مع تعيين كوقوفة على فلان ، فعند أبى يوسف : يصح ثم يعود إلى الفقراء وهو المعتمد
تعيين أو جمع مع تعيين كصدقة موقوفة على فلان ، فعند أبى يوسف : يصح ثم يعود إلى الفقراء وهو المعتمد
وقيل يعود إلى الملك والمراد بالمعين ما يحتمل الانقطاع كأولاد زيد ، أو فقراء قرابة فلان وهم يحصون . وفى الذخيرة
عن وقف الخصاص قال : جعلت هذه الأرض صدقة موقوفة على فلان وولده وولد ولده وأولاد أولادهم ،
فلذا سمي من ذلك ثلاث بطون فهى وقف مؤبد (١) إلى يوم القيامة . وبقي . وإذا وقف على عمارة مسجد معين فقبل

(١) (قوله ليس وقف مؤبد الخ) فيه أن هذا وقف مل ما يحتمل الانقطاع فكيف يكون مؤبدا ، لكن قال شيخنا سابق أن
هو قال وقف دارى على أولادى انقصر على البطن الأول وإذا قال على أولادى انقصر على البطن الثانى وإذا ذكر البطن الثالث
فتناول جميع البطون إلى يوم القيامة فلفظ مراده بقوله مؤبد هو على أولاده وليس المراد أنه بعد انقراضهم ينتقل مؤبدا على الفقراء وهو
كلام حسن .

واختلف الترجيح والأخذ بقول الثاني أحوط وأسهل بحر. وفي الدرر وصدر الشريعة وبه يفتى وأقره المصنف (وإذا وقته) بشهر أو سنة (بطل) اتفاقا درر وعليه فلو وقف على رجل بعينه عاد بعد موته لورثة الواقف به يفتى فتح :

قلت : وجزم في الخانية بصحة الموقف مطلقا فتنبه وأقره الشربلالي (فإذا تم ولزم

بصح عند أبي يوسف لتأبده مسجد إلا عند محمد^(۱) وقيل يصح اتفاقا وفي البحر عن المحيط أنه المختار فاعنم تحرير هذا المصل فإنك لتجد في غير هذا الكتاب والحمد لله تعالى ملهم الصواب (قوله واختلف الترجيح) مع التصريح في كل منهما بأن الفتوى عليه لكن في الفتح أن قول أبي يوسف أوجه عند المحققين (قوله بطل اتفاقا) هذا إذا شرط رجوعه بعد الوقت ، وإلا فهو باطل أيضا عند الخصاص صحيح مؤيد عند هلال كما في الإسماعيل ، وظاهر ما في الخانية اعتياده كما في البحر ، ووجهه أنه إذا قال : صدقة موقوفة يوما أو شهرا فهو مثل ما لو وقفه على معين فينبغي أن يجري فيه الخلاف المار بين محمد وأبي يوسف ، فيصح عند الثاني ،^(۲) انظر صدقة يفيد التأييد فبلغ التوقيت ، أما إذا شرط رجوعه إليه بعد مضي الوقت ، فقد أبطل التأييد فيبطل الوفاء ، نعم ذكر في الإسماعيل عن هلال أنه لو قال : صدقة موقوفة بعد موتى سنة يصبح مؤبدا إلا إذا قال فإذا مضت الساعة فالوقف باطل فهو كما شرط فتصير الغلة للمساكين سنة والأرض ذلك لورثته لأنه باشرط البطلان خرجت من الوفاء المضاف اللازم بعد الموت إلى الوصية المحضة (قوله وعليه فلو وقف على رجل) أي مقرونا بلفظ صدقة وإلا لم يجوز اتفاقا كما حققناه قريبا ، ثم إن هذا لا يصح بناؤه على بطلان الوقف الموقت ، بل هو مبني على صحته فكان عليه أن يذكره بعد كلام الخانية بل الأولى ذكره قبل قوله وإذا وقته ليكون تفرعا على قول أبي يوسف ، لكنه على إحدى الروايتين عنه وقد علمت أنه خلاف المتمد لمخالفته لما نص عليه محققو المشايخ ، ولما في المتن من أنه بعد موت الموقوف عليه يعود للفقراء لأنه لو عاد للملك لم يكن موقفا لا لفظا ولا معنى ، والتأييد معنى مصق عليه في الصحيح كما مر فلذا أفاد في النهر ضعف ما هنا وإن نقل في الفتح عن الأجناس أنه به يفتى (قوله قلت وجزم في الخانية الخ) استلزامك على قول الدرر بطل اتفاقا ، وجبارة الشربلالي أقول : يرد عليه أي على الدرر ما في الخانية رجل وقف داره يوما أو شهرا أو وقتا معلوما ولم يزد على ذلك جاز الوقف ويكون وقتا أبدا اهـ .

قلت : وعلى ما حللنا عليه كلام الدرر لا يرد ما في الخانية ، لأن المراد به ما إذا لم يشترط رجوعه إليه بقرينة قوله ولم يزد على ذلك وبه تعلم أنه لا محل لقول شارح مطلقا ، لأنه ليس في كلامه ما يفسر الإطلاق بل ربما يفيد أنه يجوز وإن شرط رجوعه إليه مع أنه يبطل اتفاقا كما علمت ، وقد قال في الخانية عقب عبارته المذكورة ، ولو قال : أرضي هذه صدقة موقوفة شهرا فإذا مضى شهر فالوقف باطل كان الوقف باطلا في قول هلال ، لأن الوقف لا يجوز إلا مؤبدا ، فإذا كان التأييد شرطا لا يجوز مؤقتا اهـ وإنما قيد بقوله في قول هلال ، لأنه على قول الخصاص باطل مطلقا كما علمت آنفا ، وقيد الصيغة بقوله صدقة موقوفة لأنه بدون لفظ صدقة أو ما يقوم مقامها لا يصح كما مر ، وبه يظهر أن قوله وقف داره يوما ليس صيغة الوقف بل حكاية عنه صيغته قول الواقف أرضي صدقة موقوفة ونحوه (قوله فإذا تم ولزم) لزومه على قول الإمام بأحد الأمور الأربعة المارة عندهما بمجرد القول ، ولكنه عند محمد لا يتم إلا بالقبض والإفراز والتأييد لفظا ، وعند أبي يوسف بالتأييد فقط ولو معنى كما

(۱) قوله إلا عند محمد الخ (أي يعود المسجد إلى ملك الواقف به الإقدام وقوله وقيل يصح اتفاقا قال فينا هذا هو الصحيح

لأن مرد المسجد إلى ملك الواقف به محمد متيقه بعدم وجود بيع ومصر به وقد وجد البيع الموقوف اهـ .

لا يملك ولا يملك ولا يعار ولا يرهن (فقبل شرط واقف الكتب الرهن شرط كما في التدبير ، ولو سكنه المشتري أو المرتين ثم بان أنه وقف أو الصغير لزم أجر المثل قنية

علم مامر (قوله لا يملك) أى لا يكون مملوكا لصاحبه ولا يملك أى لا يقبل التملك لغيره بالبيع ونحوه لاستحالة تملك الخراج من ملكه ، ولا يعار ، ولا يرهن لاقتضائهما الملك حرر ، ويستثنى من عدم تملكه ماله اشترط الواقف استبداله ، وسيأتى الكلام عليه ، وعلى بيع الوقف إذا انقضى الواقف ، لم يكن مسجلا ، ويستثنى من عدم الاعارة ماله كان دارا موقوفة للسكنى ، لأن من له السكنى له الإعارة كما صرح به في البحر وغيره ، بخلاف الموقوف للاستقلال . قال في الإصعاف : ومن وقف دوره للاستقلال ليس له أن يسكنها أحد بلا أجر اه وفي شرح المفتى : وجاز بيع المصحف المحرق وشراء آخر بثمنه (قوله فيل الخ) لا يصح تفريره على قوله : ولا يرهن لأنه في رهن الوقف لا يرهن به ، بل هو تفرير على قوله : ولا يملك فافهم ووجهه أن الرهن حبس شئ مالى بحق يمكن استيفاءه منه كالدين والأعيان المضمونة بالمثل والقيمة ، حتى لو هلك الرهن صار المرتين مستوفيا حقه لو مساويا للرهن ، ولا يخفى أن الاستيفاء إنما يتأتى فيما يمكن تملكه والوقف لا يمكن تملكه فلا يصح الرهن به ، ولأنه أمانة عند المستعير وهو غير مضمون .

مطلب في شرط واقف الكتب أن لا تمار إلا برهن

قال في الأشباه في القول في الدين معزيا إلى السبكي . فرع : حدث في الأعصار القربية وقف كتب شرط الواقف أن لا تمار إلا برهن أو لا تخرج أصلا والذي أقول في هذا : أن الرهن لا يصح بها لأنها غير مضمونة في يد الموقوف عليه ، ولا يقال لها حارية أيضا بل الأخذ بها إن كان من أهل الوقف استحق الانتفاع : ويده عليها يد أمانة فشرط أخذه الرهن عليها فاسد ، وإن أعطى كآذنها فاسدا ، ويكون في يد خازن الكتب أمانة هذا إن أريد الرهن الشرعي ، وإن أريد مدلوله لغة وأن يكون تذكرة فيصح الشرط ، لأنه غرض صحيح ، وإذا لم يعلم مراد الواقف ، فالأقرب الحمل على اللغوى تصحيحا لكلامه وفي بعض الأوقاف يقول لا تخرج إلا بتذكرة ، فيصح ويكون المقصود أن يجوز الواقف الانتفاع بشروط بذلك ، ولا يقول إنها تبقى رهننا بل له أخذها فيطالبه انخازن برد الكتاب ، وعلى كل فلا تثبت له أحكام الرهن ولا تبعه ، ولا يدل الكتاب الموقوف بطله إن لم يفرط اه ملخصا قال في الأشباه بعد نقله : وقول أصحابنا لا يصح الرهن بالأمانات شامل للكتب الموقوفة ، والرهن بالأمانات باطل ، فإذا هلك لم يجب شئ بخلاف الرهن الفاسد فإنه مضمون كالصحيح ، وأما وجوب اتباع شرطه وحمله على المنع اللغوى فغير بعيد اه وسيأتى تمام الكلام على جواز نقل الكتب قبيل قوله : ويبدأ من غلته بعمارة : .

مطلب سكن دارا ثم ظهر أنها وقف يلزمه أجره ماسكن

(قوله لزم أجر المثل) بناء على المفتى به عند المتأخرين من أن منافع العقار تضمن إذا كان وقفا أوليها أو مجدا للاستقلال كما سيأتى في الفصل عند قول المصنف يفتى بالضيان الخ وبه أفق الرمل وغيره ، وجزم به في الفتوح آخر الباب وعلى هذا لما ذكره في القنية أيضا من أنه لو سكن الدار سنين يدعى الملك ثم استحدثت لوقف لا يلزمه أجره ماضى اه ضيف ، كما جزم به في البحر ، لأنه مبني على قول المتضمين ، ووجوب الأجرة قول المتأخرين كما نص عليه في الإصعاف ، أفاده الخیر الرمل ولو بنى المشتري أو غرس ، فسبأى حكمه عند

(ولا بقسم) بل يتهاون (إلا عندها)

مسألة ابن النجار في سوادة الفصل الآتي (قوله ولا يقسم إلا عندها الخ) أي إذا قضى قاص بجواز وقف المشاع ونفذ قضاؤه وصار متفقا عليه كسائر المختلعات ، فإن طلب بعضهم القسمة فعنده لا يقسم ، ويتهاون وعندها يقسم ؛ أي إذا كانت بين الرافق والمالك وأجمع ، أن الكل لو كان موقوفا على الأرباب ، فأرادوا القسمة لا يقسم كذا في المحيط دور ، وهذا معنى قول المصنف إلا عندها إذا كانت بين الواقف والمالك لا الموقوف عليهم .

مطلب في التهاون في أرض الوقف بين المستحقين

(قوله بل يتهاون) قال في فتاوى ابن الشاذلي القسمة بطريق التهاون ، وهو التناوب في العين الموقوفة كما إذا كان الموقوف أرضا مثلا بين جماعة ، فتراضوا على أن كل واحد منهم ، يأخذ له من الأرض الموقوفة قسمة معينة يزرعها لنفسه هذه السنة ، ثم في السنة الأخرى يأخذ كل منهم قطعة غيرها ، فذلك سائغ . ولكنه ليس بالآزم ، فلهم إبطاله ، وليس ذلك في الحقيقة بقسمة إذ القسمة الحقيقية أن يختص بعض من العين الموقوفة - بل الدوام اه ونحوه في البحر ، عن الإصعاف ، ومنتهى ما أنه ليس لهم استدامة هذه القسمة ، بل يجب عليهم نقضها ، واستبدال الأما كن بعضها ببعض . إذ لو استديمت صارت من القسمة المستوعبة بالإجماع ، لتأخر في طول الزمان إلى دعوى الملكية ، أو دعوى كل منهم أو بعضهم أن ما في يده موقوف عليه بعينه ولا يخفى ما في ذلك من الضرر ، ثم لا يخفى أن ما قيل من أن المهايأة في الوقف لا يمكن لإبطالها . لأنه لا يكون إلا بقسمة القسمة ، والقسمة في الوقف متعذرة ، فهو ممنوع ، بل يمكن نقضها وإبطالها بإعادته كما كان أو باستبدال الأما كن كما قلنا ، ولو ثبت عدم إمكان إبطالها لطل ما نقضه من الإجماع ، على أن الوقف لا يقسم أي قسمة ستدامة ، وقد ظهر لك أن هذا كلام ناشئ عن عدم التدبر ، لمخالفته للإجماع فتدبر .

مطلب فيما إذا ضاقت الدار على المستحقين

بقي ما لو كان الموقوف دارا شرط أنواقف سكانها لأولاده ونسله قال في الإصعاف : تكون سكانها لهم ما بقي منهم أحد ، فلو لم يبق إلا واحد ، وأراد أن يؤجرها أو ما فضل عنه منها ليس له ذلك ، وإعلاء له السكنى فقط ، ولو كثرت أولاد الواقف ، وضائق الدار عليهم ، ليس لهم أن يؤجروها وإنما تسقط سكانها على عددهم ، ومن مات منهم بطل ما كان له من سكانها ، ويكون لمن بقي منهم ، ولو كانوا ذكورا وإناثا وأراد كل من الرجال والنساء أن يسكنوا معهم سائرهم وأرواجهم معهم ، جاز لهم ذلك إن كانت الدار ذات مقاصير وحجز يغل على كل واحدة باب ، وإن كانت دارا واحدة لا يمكن أن تسقط بينهم لا يسكنها إلا من جعل لهم الواقف السكنى دون غيرهم من نساء الرجال ورجال النساء اه : أي لأن الواقف قصد صيانتهم ، وسرهم ، فلو سكن زوج امرأة معها ، ولما في هذه الدار أخوات مثلا كان فيه بذلة لمن يدخل الرجل عليهن ، كما في الخصاص ، بخلاف ما إذا كان لكل منهم حجرة لها باب يغل ، فإن لكل أن يسكن بأهله وحشمه وجميع من معه كما في الخصاص أيضا وقد مرنا في السرقة : أن المقصورة الحجرية بلسان أهل السكوة ، وإنه ذكر محمد فيها لو أخرج السارق السرقة إلى صحن الدار أنه إن كان فيها مقاصير ، فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع ، قال في الفتح هناك : أي إذا

فيقسم المشاع وبه أفتى قارئ الهداية وغيره (إذا كانت) القسمة (بين الوائفة و) شريكه (المالك) أو الواقف الآخر أو ناظره إن اختلفت جهة وقفهما قارئ الهداية ،

كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم ، ويستغناء أهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار وإنما يتصرفون به انتفاعهم بالسكنة اهـ وهل المراد هنا بالحجرة ، كذلك الظاهر نعم ، كما يفيد قول الخصاصف لكل أن يسكن في حجرة بأهله وحشمه وجميع من معه . ثم قد صرح الخصاصف بأنه إذا لم يكن فيها حجر ، لا تقسم ، ولا يقع فيها مهابة بينهم وظاهره أنه لو كان فيها حجر لا تنقسم ، فهي كذلك أى يسكنها المستحقون فقط ، دون نساء الرجال ورجال النساء ، ولذا قال في الفتح بعد نقله كلام الخصاصف ، وعن هذا نعرف أنه لو سكن بعضهم ، فلم يجد الآخر موضعاً يكفيه لا يستوجب أجره حصته على الساكنين ، بل إن أحب أن يسكن معه في بقعة من تلك الدار ، بلا زوجة أو زوج ولا ترك المتضيق ونخرج ، أو جلسوا معاً كل في بقعة إلى جنب الآخر ، ثم ذكر أن الخصاصف لم يخالفه أحد فيما ذكر كيف وقد تناووا إجماعهم على الأصل المذكور أى على قولهم : لو كان الكل وقفاً على أربابه وأرادوا القسمة لا يجوز التهاؤاه لسكن هذا بشكل على قول الشارح بل يتهاؤون والتوفيق كما أفاده الخبير الرمل يحمل مافى الخصاصف وغيره من عدم حور القسمة ، والتأبؤ على قسمة التملك جبراً ، ومافى الشرح تبعاً للإسعاف وغيره ، على قسمة التراضى بلا لزوم ، ولذا قالوا ولن أبى منهم بعد ذلك لإبطاله .

مطلب في قسمة الواقف مع شريكه

(قوله فيقسم المشاع) فإذا تقاسم الواقف مع شريكه ، فوقع نصيب الواقف في موضع لا يلزمه أن يقفه ثانياً لأن القسمة تعين الموقوف ، وإذا أراد الاجتناب عن الخلاف يقف المقسوم ثانياً بجر عن الخلاصة : أى إذا لم يكن محكوماً بصحته ، إذ بعد الحكم لم يبق خلاف .

مطلب قاسم وجع حصص الواقف في أرض واحدة جاز

وفي البحر عن الظهيرية : ولو كانت له أرضون ودور بينه ، وبين آخر أوقف نصيبه ، ثم أراد أن يقاسم شريكه ، ويجمع الوقف كله في أرض واحدة ودور واحدة ، فإنه جائز في قول أبي يوسف وهلال اهـ ،

مطلب لو كان في القسمة فضل دراهم من الوقف صح لا من الشريك

وفي الفتح : ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصفين أجود ، فجعل بإزاء الجودة دراهم ، فإن كان الأحدهما للدراهم هو الواقف بأن كان غير الموقوف هو الأحسن ، لا يجوز لأنه يصور بأن بعض الوقف ، وإن كان الأحدهما شريكه بأن كان نصيب الوقف أحسن جاز ، لأن الواقف مشتر لا بائع ، فكأنه اشترى بعض نصيب شريكه فوقه اهـ . لكن في الإسعاف ، وما اشتراه ملك له ولا يصير وقفاً ، ومثله في الخاتبة وكذا في البحر من الظهيرية تأمل .

مطلب إذا وقف كل نصف على حدة صاراً وقفين

(قوله إن اختلفت جهة وقفهما) أى بأن كان كل وقف منهما على جهة غير الجهة الأخرى ، لكن هذا التقيد مخالف لما في الإسعاف ، حيث قال : ولو وقف نصف أرضه على جهة معينة ، وجعل الولاية عليه لزيد

ولو وقف نصف عقار كله له فالتقاضي يقسمه مع الواقف صدر الشريعة وابن السكال ، وبعد موته لورثته ذلك فبقرز القاضي الوقف من الملك ، ولهم بيعه به أمي قارئ الهداية ، واعتدله في المنظومة المحيية (لا الموقوف عليهم) فلا يقسم الوقف بين مستحقه إجماعا دور وكافي وخلاصة وغيرها لأن حقهم ليس في العين ، وبه جزم ابن نجيم في فتاواه ، وفي فتاوى قارئ الهداية هذا هو المذهب ، وبعضهم جوز ذلك ، ولو سكن بعضهم ولم يجد الآخر موضعا يكفي فليس له أجره ولا له أن يقول أنا استعمل بقدر ما استعملته لأن المهايأة إنما تكون بعد الخصومة فنية نعم لو استعمله كله أحدهم بالغلبة بلا إذن الآخر ، لزمه أجر حصه شريكه ، ولو وقفنا على سكنها بخلاف الملك المشترك ولو معدا للإجارة فنية .

قلت : ولو بعضه ملك وبعضه وقف ، ويأتى في الغصب (ويرزول ملكه عن المسجد

في حياته وبعد مماته ، ثم وقف النصف الآخر على تلك الجهة أو غيرها وجعل الولاية عليه لعمره في حياته ، وبعد وفاته يجوز لها أن يفتتها وبأخذ كل واحد منهما النصف فيكون في يده لأنه لما وقف كل نصف على حدة صدرا وقفين وإن اتحدت الجهة كما لو كانت لشريكين فوقها كذلك اه (قوله فالتقاضي يقسمه مع الواقف) أى أن يأمر رجلا بأن يقاسمه وله طريق آخر كما في الفتح ، وهو أن يبيع نصيبه الثاني من رجل ، ثم يقاسم المشتري . ثم يشتري ذلك منه إن أحب ، وهذا لأن الواحد لا يصلح أن يكون مقاسما ومقاسما اه (قوله به أمي قارئ الهداية) حيث قال نعم يجوز القسمة وبقرز الوقف من الملك ، ويحكم بصحتها ويجوز للورثة مع ما صار لأهليهم بالقسمة ، وإذا قسم بينهم من هو عالم بالقسمة إن شاء عين جهة الوقف وجهة الملك بقوله والأولى أن يقرء ابن البراءين نقيا للثمة عن نفسه اه (قوله فلا يقسم الوقف بين مستحقه إجماعا) وكذا لا يجوز التباين فيه جبرا كما حرراه آفا (قوله وبعضهم جوز ذلك) هذا ضعيف لمخالفته الإجماع (قوله لأن المهايأة إنما تكون بعد الخصومة) مفهومه ثبوت المهايأة له بعد الخصومة في المستقبل ، وقد علمت أنه لا مهايأة في الوقف . نعم هذا في الملك كما مر قبل الوقف نظما (قوله لزمه أجر حصه شريكه) لأنه لما استعمله بالغلبة صار غاصبا ومنافع الوقف مضمومة على المغنى به بخلاف المسألة التي قبل هذه ، لأن الساكن فيها غير غاصب ، كما أفاده في التبر والخبر الرولى خلافا لما تومره في البحر (قوله ولو وقفنا على سكنها) أى وإن كان من له السكنى ليس له الإيجار كما قدمناه عن الإسعاف لأن هذا تقصين لا إيجار قصدى (قوله بخلاف الملك المشترك) أى بين بالعين فلو أحدها ينها وسكنه الآخر ، لزمه أجر حصه اليتم (قوله ولو معدا للإجارة) لأنه سكنه بتأويل ملك كما بأتى في الغصب اه ح (قوله ولو بعضه ملك وبعضه وقف) جملة المبتدأ والخبر ، وما عطف عليها خبر كان المقدره بعد لو واسمها مستتر فيها عائد على المكان المستعمل المحدث عنه ، والولوع بالاغتراض يمنع الاعتداء إلى طريق الصواب فافهم (قوله ويأتى في الغصب) في بعض النسخ بدون واو على أنه جواب لو الأخيرة ، لكن نسخ إثباتها أحسن لأن غالب ما ذكر هنا من مسائل الغصب ، يأتى في بابها وإن كانت الأخيرة لم تذكر فيه نصا لكنها معلومة لأنهم تصواب هناك على تضمين منافع الوقف ولم يقدروه بما إذا لم يكن بعضه ملكا على أنه في الغصب ، قال : أما في الوقف إذا سكنه أحدها بالغلبة بلا إذن لزم الآخر اه قوله : إذا سكنه أحدها أى أحد الشريكين ، يشمل الشريك في الملك أو في الوقف ، واحتزر بالغلبة عما إذا لم يجد شريك الوقف موضعا يسكن فيه فخرج باختياره كما مر ، وأما إذا كانت الدار كلها وقفا ، فإن الساكن يلزمه أجرها ، ولو كانت بتأويل ملك كما إذا اشتراها ثم ظهر أنها وقف كما قدمنا (قوله ويرزول ملكه عن المسجد الخ) اعلم أن المسجد يخالف سائر الأوقاف في عدم اشتراط التسليم إلى المتولى

والمصلی) بالفعل و (بقوله جماعته مسجدًا) عند الثاني (وشرط محمد) والإمام (الصلاة فيه)

عند محمد وفي منع الشيوع عند أبي يوسف ، وفي خروجه عن ملك الواقف عند الإمام وإن لم يحكم به حاكم كما في الدرر وغيره (قوله والمصلی) شمل مصلی الجنائزة ومصلی العيد قال بعضهم : يكون مسجدًا حتى إذا مات لا يورث عنه وقال بعضهم : هذا في مصلی الجنائزة ، أما مصلی العيد لا يكون مسجدًا مطلقًا ، وإنما يعطى له حكم المسجد في صحة الاقتداء بالإمام ، وإن كان منفصلاً عن الصفوف وفيها سوى ذلك فليس له حكم المسجد ، وقال بعضهم : يكون مسجدًا حال أداء الصلاة لأعير وهو وانجباة ، سواء ويحجب هذا المكان عما يحجب عنه المساجد احتياطاً له خاتية وإسعاف واطاهر ترجيح الأول ، لأنه في الخاتية يقدم الأشهر (قوله بالفعل) أى بالصلاة فيه في شرح المتن إنه يصير مسجدًا بلا خلاف ، ثم قال عند قول المتن ، وعند أبي يوسف يزول بمجرد القول ولم يرد أنه لا يزول بدونه لما عرفت أنه يزول بالفعل أيضاً بلا خلاف اهـ .

مطلب في أحكام المسجد

قلت : وفي الدخيرة وبالصلاة جماعة يقع التسام بلا خلاف ، حتى إنه إذا بنى مسجدًا وأذن للناس بالصلاة فيه جماعة فإنه يصير مسجدًا اهـ ويصح أن يراد بالفعل الإمرار ، ويكون بياناً للشرط المتفق عليه عند الكل كما قد مر من أن المسجد لو كان مشاعاً لا يصح إجماعاً وعليه فقوله عند الثاني مرتبط بقول المتن بقوله : جماعته مسجدًا وليست الواو فيه بمعنى أو فافهم ، لكن عنده لا بد من إفراره بطريقة ذى اثر عن القنية جعل وسط داره مسجدًا وأذن للناس بالدخول والصلاة فيه إن شرط معه الطريق صار مسجدًا في قولهم جميعاً وإلا فلا عند أبي حنيفة ، وقال لا يصير مسجدًا ويصير الطريق من حقه من غير شرط كما لو أجزر أرضه ولم يشترط الطريق اهـ وفي القهستاني ولا بد من إفرازه أى تمييزه عن ملكه من جميع الوجوه فلو كان نعلو مسجدًا والسفل حوائث أو بالعكس لا يزول ملكه لتعلق حق العبد به كما في الكافي .

[نفيه] ذكر في البحر أن مفاد كلام الحنفى اشتراط كون أرض المسجد ملكاً للباي اهـ لكن ذكر الطرسوسى حوازه على الأرض المستأجرة أخذاً من جواز وقف البناء ، كما سلكه هناك ، وسئل في الخبرية عن جعل بيت شعر مسجدًا فأفتى بأنه لا يصح (قوله وشرط محمد) والإمام (الصلاة فيه) أى مع الإمرار كما علمته واعلم أن الوقف إنما احتيج في لزومه إلى القضاء عند الإمام ، لأن لفظة لا ينفى عن الإخراج عن الملك : بل عن الإبقاء فيه ، لتحصل الغلة على ملكه ، فيتصدق بها بخلاف قوله : جعلته مسجدًا ، فإنه لا ينفى عن ذلك إحتياج إلى القضاء بزواله ، فإذا أذن بالصلاة فيه ، قضى العرف بزواله عن ملكه ، ويقتضى هذا أنه لا يحتاج إلى قوله وقفت ومحوه وهو كذلك وأنه لو قال وقفته مسجدًا ، ولم يأذن بالصلاة فيه ولم يصل فيه أحد أنه لا يصير مسجدًا بلا حكم وهو بعيد كذا في الفتح ملخصاً . ولقاتل أن يقول : إذا قال جماعته مسجدًا فالعرف قاض ، وماض بزواله عن ملكه أيضاً غير متوقف على القضاء ، وهذا هو الذى ينبغي أن لا يتردد فيه نهر :

قلت يلزم على هذا (١) أن يكتفى فيه بالقول عنده ، وهو خلاف صريح كلامهم تأمل . وفي الدرر المتفق وتقدم

(١) قوله قلت يلزم على هذا (١) فيه أن الإذن بالصلاة قول أيضاً من أنه قوله جعلته مسجدًا صريح من الإذن بالصلاة فيه ووفق شيخنا بهي القول بأن الإذن بالصلاة يقتضى التسام إلى البناء ويغني عنه مسجدًا أيضاً وشرط الإمام الفعل ليس إلا لا فيه من التسليم وقد وجد في الآداب دون قوله جعلته مسجدًا اهـ .

بجماعة وقيل : يكنى واحدا وجعله في الخاتمة ظاهر الرواية .

[فرع] أراد أهل الحلة نقض المسجد وبناءه أحكم من الأول أن الباني من أهل الحلة لم ذلك وإلا لا بزاوية (وإذا جعل تحته سردابا لمصالحه) أى المسجد (جاز) كمسجد القدس (ولو جعل غيرها أو) جعل (فوقه بيتا وجعل باب المسجد إلى طريق وعزله عن ملكه لا) يكون مسجدا (وله دية ويورث عنه) خلافا لما

في التنوير والدرر والوقاية وغيرها قول أبي يوسف وعلمت أرجحيته في الوقوف والنضاء اه (قوله بجماعة) لأنه لا بد من التسليم عندهما خلافا لأبي يوسف ، وتسليم كل شئ بحسبه ، ففي المقبرة بدفن واحد وفي السقاية بشره وفي الحان ينزوله كما في الإسعاف ، واشترط الجماعة لأنها المقصودة من المسجد ، ولذا شرط أن تكون جهرا بأذان وإقامة وإلا لم يصح مسجدا قال الزيلعي : وهذه الرواية هي الصحيحة وقال في الفتح : ولو اتحد الإمام والمؤذن وصلى فيه وحده صار مسجدا بالاتفاق لأن الأداء على هذا الوجه كالجماعة ، قال في النهر : وإذا قد عرفت أن الصلاة فيه أقيمت مقام التمام . علمت أنه بالنسبة إلى المتولى يكون مسجدا دونها : أى دون الصلاة . وهذا هو الأصح كما في الزيلعي وغيره وفي الفتح وهو الوجه لأن بالتسليم إليه يحصل تمام التسليم إليه تعالى ، وكذا لو سلمه إلى القاضي أو نائبه كما في الإسعاف وقيل لا واختاره السرخسي اه (قوله وقيل يكنى واحد) لكن لو صلى الواقف وحده فالصحيح أنه لا يكنى ، لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض للعمامة ، وقبضه لنفسه لا يكنى ، فكما صلواته فتح وإسعاف (قوله وجعله في الخاتمة ظاهر الرواية) وعابه المتون كالكنز والمفتي وغيرها وقد علمت تصحيح الأول ومصححه في الخاتمة أيضا ، وعابه اقتصر في كافي الحاكم فهو ظاهر الرواية أيضا (قوله أن الباني الخ) المتبادر من العبارة (۱) أن المراد باني المسجد أولا ، لكن المناسب أن يراد مريد البناء الآت في ط عن اهنية . مسجد مبنى أراد رجل أن ينقضه ويبنيه أحكم ليس له ذلك ، لأنه لا ولاية له بمصمرات إلا أن يخاف أن يهدم ، إن لم يهدم تارخانية وتأويله إن لم يكن الباني من أهل تلك الحلة ، وأما أهلها فلم أن يهدوه وينددوا ببناءه ويفرشوا الحصى ، ويعلقوا القناديل ، لكن من ماله من مال المسجد إلا بأمر القاضي خلاصة ، وبضعضة أحضان الماء للشرب والوضوء إن لم يعرف للمسجد بان فإن عرف فالباني أولى ، وأيسر لورثته منعهم من نقضه والتزادة فيه ولأهل الحلة تحويل باب المسجد خاتمة وفي جامع الفتاوى لم تحويل المسجد إلى مكان آخر إن تركوه بحيث لا يصل فيه ، ولم بيع مسجد عتيق لم يعرف بانيه وصرف ثمنه في مسجد آخر اه سألحاني اه .

قلت : وفي اهنية آخر الباب الأول من إحياء الموات نقلا عن الكبرى : أراد أن يغير بئرا في مسجد من المساجد إذا لم يكن في ذلك ضرر بوجه من الوجوه ودية نفع من كل وجه . فله ذلك كذا قال هنا وذكر في باب المسجد قبل كتاب الصلاة لا يحفر ، ويضمن والفتوى على المذكور هنا اه وقد ذكر في البحر جملة وافية من أحكام المسجد فراجعه (قوله وإذا جعل تحته سردابا) جمعه سراديب ، بيت يتخذ تحت الأرض لغرض تبريد الماء وغيره كذا في الفتح وشرط في المصباح أن يكون ضيقا نهر (قوله أو جعل فوقه بيتا الخ) ظاهره أنه لا فرق بين أن يكون البيت للمسجد أولا إلا أنه يؤخذ من التعليل أن محل عدم كونه مسجدا فيما إذا لم يكن وفقا على مصباح المسجد وبه صرح في الإسعاف فقال : وإذا كان السرداب أو العلو لمصالح المسجد أو كانا وفقا عليه صار مسجدا اه شرنبلالية .

(۱) (قوله المتبادر من العبارة الخ) وجه الدادر أن موضوع المسئلة في أن مريد اهدم والهدم هم أهل الحلة وحيث كان الموضوع ذلك لا يصح التفصيل بقوله فإن كان الباني من أهل تلك الحلة الخ فعل كل حال لا تختص الصادرة عن محذور اه .

(كما لو جعل وسط داره مسجدا وأذن للصلاة فيه) حيث لا يكون مسجدا إلا إذا شرط الطريق ذليلى .

[فرغ] لو بنى فوقه بيتا للإمام لا يضر لأنه من المصالح، أما لو تمت المسجدية ثم أراد البناء منع ولو قال حيث ذلك لم يصدق تاترخانية ، فإذا كان هذا في الواقع فكيف بغيره فيجب هدمه ولو على جدار المسجد ، ولا يجوز أخذ الأجرة منه ولا أن يجعل شيئا منه مستقلا ولا سكنى بزاية (ولو خرب ما حوله واستغنى عنه بنى مسجدا عند الإمام والثاني) أبدا إلى قيام الساعة (وبه يفتى) حاوى القدسى (وعاد إلى الملك) أى ملك البانى أو ورثته (عند محمد)

قال فى البحر : وحاصله أن شرط كونه مسجدا أن يكون سفله وعلوه مسجدا لينقطع حق العبد عنه لقوله تعالى : وإن المساجد لله بخلاف ما إذا كان (۱) السرداب والعلو موقوفا لمصالح المسجد ، فهو كسرداب بيت المقدس هذا هو ظاهر الرواية وهناك روايات ضعيفة مذكورة فى الهداية اه (قوله كما لو جعل الخ) ظاهره أنه لا خلاف فيه مع أن فيه خلافا أيضا كما قدمناه عن التقنية ونحوه فى الهداية ، فكان المناسب ذكر قوله خلافا لها بعد هذه المسألة ليكون راجعا للمسائل الثلاث (قوله وأذن للصلاة) اللام للتعليل لاصلة أذن والأوضح ، وأذن للناس بالصلاة فيه والمراد الإذن مع الصلاة إذا لم يصل فيه أحد لا يصح فى المسجد الفرز فهذا أولى كما لا يخفى (قوله أما وتمت المسجدية) أى بالقول على المقتضى به أو بالصلاة فيه على قولها ط وعبرة التاترخانية ، وإن كان حين بناءه خلى بينه وبين الناس ثم جاء بعد ذلك بنى لا يترك اه وبه علم أن قوله فى النهر ، وأما لو تمت المسجدية ، ثم أراد هدم ذلك البناء فإنه لا يمكن من ذلك الخ فيه نظر ، لأنه ليس فى عبارة التاترخانية ذكر الهدم وإن كان الظاهر أن الحكم كذلك (قوله فإذا كان هذا فى الواقع الخ) من كلام البحر والإشارة إلى المنع من البناء (قوله ولو على جدار المسجد) مع أنه لم يأخذ من هوام المسجد شيئا ط ونقل فى البحر قبله ولا يوضع الجذع على جدار المسجد وإن كان من أوقافه اه .

قلت : وبه علم حكم ما يصنعه بعض جيران المسجد من وضع جذوع على جداره فإنه لا يحل ولو دفع الأجرة (قوله ولأن يجعل الخ) هذا ابتداء عبارة البزاية ، والمراد بالاستغلال أن يؤجر منه شئ لأجل عمارته وبالسكنى محلها وعبرة البزاية على مائى البحر ، ولا مسكنا وقد رد فى الفتح ما بحثه فى الخلاصة من أنه لو احتاج المسجد إلى نفقة تؤجر قطعة منه بقدر ما يفتق عليه ، بأنه غير صحيح .

قلت : وبهذا علم أيضا حرمة إحداث الخلاوات فى المساجد كالتى فى رواق المسجد الأموى ، ولا سيما ما يترتب على ذلك من تقدير المسجد بسبب الطبخ والفصل ونحوه ورأيت تأليفا مستقلا فى المنع من ذلك .

مطلب فيما لو خرب المسجد أو غيره

(قوله ولو خرب ما حوله) أى ولو مع بقاءه عامرا وكذا لو خرب وليس له ما يعمر به وقد استغنى الناس عنه لبناء مسجد آخر (قوله عند الإمام والثاني) فلا يهود ميراثا ولا يجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر ، سواء كانوا يصلون فيه أولا وهو الفتوى حاوى القدسى ، وأكثر المشايخ عليه مجتبه وهو الأوجه فتح اه بحر قال فى الإسعاف وذكر بعضهم أن قول أبى حنيفة كقول أبى يوسف وبعضهم ذكره كقول محمد (قوله وعاد إلى الملك عند محمد)

(۱) (قوله بخلاف ما إذا كان الخ) هذه العبارة قوم أنه لا يكون مسجدا إذا كان العلو والسفل موقوفا وهو خلاف ما صرح به فى الإسعاف ، ونقل فى العبارة كلاما سقط من ظم النسخ ترتب عليه قوله بخلاف الخ اه .

وعن الثاني ينقل إلى مسجد آخر بإذن القاضي (ومثله) في الخلاف المذكور (حشيش المسجد وحصره مع الاستغناء عنهما و) كذا (الرباط والبئر إذا لم ينفع بهما فيصرف وقف المسجد والرباط والبئر) والحوض (إلى أقرب مسجد أو رباط أو بئر) أو حوض (إليه) تفريع على قوطها درر وفيها : وقف ضيعة على الفقراء وسلمها للمتولى ثم قال لوصيه : أعط من غلتها فلانا كذا وفلاناً كذا لم يصح لخروجه عن ملكه بالتسجيل

ذكر في الفتح مامعناه أنه يتفرع على الخلاف المذكور ما إذا تهدم الوقف، وليس له من الغلة ما يعمر به، فيرجع إلى الباني أو ورثته عند محمد خلافاً لأبي يوسف لكن عند محمد إنما يعود إلى ملكه ما خرج عن الانقاع المقصود للواقف بالكلية، كحانوت احترق، ولا يستأجر بشئ ورباط وحوض محلة حرب، وليس له ما يعمر به وأما ما كان معدداً للغلة فلا يعود إلى الملك إلا نقضه وتبقى ساحته وقفاً تؤجر ولو بشئ قليل بخلاف الرباط ونحوه، فإنه موقوف للسكنى وامتنعت بانهدامه، أما دار الغلة فإنها قد تخرب وتصير كوما وهي بحيث لو نقل نقضها يستأجر أرضها من يبنى أو يفرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع لواقفها مع أنه لا يرجع إليه منها إلا النقض واستفد ذلك للخالية وغيرها وظاهر كلامه اعتماده (قوله وعن الثاني الخ) جزم به في الإسعاف حيث قال : وأوحى الرباط المسجد، وما حوله وتفرق الناس عنه لا يعود إلى ملك الواقف عند أبي يوسف فيباع نقضه بإذن القاضي ويصرف ثمنه إلى بعض المساجد (قوله ومثله حشيش المسجد الخ) أي الحشيش الذي يفرش بديل الحصر، كما يقع في بعض البلاد كبلاد الصعيد كما أخبرني به بعضهم قال الزبلي : وعلى هذا حصر المسجد وحشيشه إذا استغنى بهما يرجع إلى مالكه عند محمد وعند أبي يوسف ينقل إلى مسجد آخر، وعلى هذا الخلاف الرباط والبئر إذا لم ينفع بهما (وهو صرح في الخالية بأن الفتوى على قول محمد قال في البحر : وبه علم أن الفتوى على قول محمد في آلات المسجد وعلى قول أبي يوسف في تأييد المسجد (وهو المراد بالآلات المسجد نحو القنديل والحصر، بخلاف أقاضيه لما قدمناه) عنه قريباً من أن الفتوى على أن المسجد لا يعود ميراثاً ولا يجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر (قوله وكذا الرباط) هو الذي يبنى للفقراء بجر من المصباح (قوله إلى أقرب مسجد أو رباط الخ) لف ونشر مرتب وظاهره أنه لا يجوز صرف وقف مسجد خرب إلى حوض وعكسه وفي شرح المتن يصرف وقفها لأقرب مجاس لها (قوله تفريع على قولها) أي قوله فيصرف الخ مفرع على قول الإمام وأبي يوسف : أن المسجد إذا خرب ببق مسجداً أبداً لكن حلت أن المفتي به قول أبي يوسف، أنه لا يجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر كما هو من الخاوي : نعم هذا التفريع إنما يظهر على ما ذكره الشارح من الرواية الثانية عن أبي يوسف، وقدمنا أنه جزم بها في الإسعاف وفي الخالية رباط بميد استغنى عنه المارة وبجنبه رباط آخر قال السيد الامام أبو الشجاع : تصرف غلته إلى الرباط الثاني كالمسجد إذا خرب واستغنى عنه أهل القرية، فرفع ذلك إلى القاضي فباع الخشب وصرف الثمن إلى مسجد آخر جاز وقال بعضهم يصير ميراثاً وكذا حوض العامة إذا خرب (وهو نقل في الذخيرة عن شمس الأئمة الحلواني أنه مثل عن مسجد أو حوض خرب، ولا يحتاج إليه لتصرف الناس عنه هل للقاضي أن يصرف أو قافه إلى مسجد أو حوض آخر : فقال : نعم ومثله في البحر عن القنية وللشربلالي رسالة في هذه المسألة اعترض فيها ما في المتن تبعاً للدرر بما مر من الخاوي وغيره، ثم قال وبذلك تعلم فتوى بعض مشايخ عصرنا بل ومن قبلهم كالشيخ الإمام أمين الدين بن عبد المال والشيخ الإمام أحمد بن يونس الشبلي والشيخ زين بن نجيم والشيخ محمد الوفاي فهم من أفتى بنقل بناء المسجد، ومنهم من أفتى بنقله ونقل ماله إلى مسجد آخر، وقد مشى الشيخ الإمام محمد بن سراج الدين الخاوي على القول المفتي به من عدم نقل بناء المسجد، ولم يوافق المذكورين (وهو ذكر الشربلالي إن هذا في

فلو قبله صح .

قلت : لكن سيجيء معزيا لفتاوى مؤيد زاده أن الوقف الرجوع في الشروط ، ولو مسجلا (اتحد الوقف والجهة وقل مرسوم بعض الموقوف عليه) بسبب خراب وقف أحدهما (جاز للحاكم أن يصرف من فاضل الوقف الآخر عليه) لأنهما حيلت كشيء واحد (وإن اختلف أحدهما بأن بنى رجلا من مسجدين أو رجلا مسجدا ومدرسة ووقف عليهما أوقافا (لا) يجوز له ذلك

المسجد بخلاف حوض وبئر ورباط ودابة وسيف وبئر وقنديل وبساط وحصير مسجد ، فقد ذكر في الفتاوى الخانية وغيرها جواز نقلها اه .

مطلب في نقل أوقاف المسجدين ونحوه

قلت : لكن الفرق غير ظاهر فليتأمل والذي ينبغي متابعة المشايخ المذكورين في جواز النقل بلا فرق بين مسجد أو حوض ، كما أفتى به الإمام أبو شجاع والإمام الحلواني وكفى بهما قدوة ، ولا سيما في زماننا فإن المسجد أو غيره من ربط أو حوض إذا لم ينقل يأخذ أوقافه للصمصام والمغفلون كما هو شاهد وكذلك أوقافه يأكلها الظاهر أو غيره . ويلزم من عدم النقل خراب المسجد الآخر المحتاج إلى النقل إليه ، وقد وقعت حادثة سئلت عنها في أمير أراد أن ينقل بعض أحجار مسجد خراب في سفح قاسيون بدمشق ليلاط بها صحن الجامع الأموي فأنشئت بعدم الجواز متابعة للشرنبلالي ، ثم بلغني أن بعض المتغلبين أخذ تلك الأحجار لنفسه ، فندمت على ما أنشئت به ، ثم رأيت الآن في الذخيرة قال وفي فتاوى النسفي : سئل شيخ الإسلام عن أهل قرية رحلوا وتداعى مسجدها إلى الخراب ، وبعض المتغلبة يستولون على خشبه ، وينقلونه إلى دورهم هل لواحد لأهل الحلة (١) أن يبيع الخشب بأمر القاضي ، ويمسك الثمن ليصرفه إلى بعض المساجد أو إلى هذا المسجد ؟ قال : نعم وحكي أنه وقع مثله في زمن سيدنا الإمام الأجل في رباط في بعض الطرق خرب ، ولا ينتفع المارة به وله أوقاف عامرة فسئل هل يجوز نقلها إلى رباط آخر ينتفع الناس به قال : نعم لأن الوقف غرضه انتفاع المارة ، وبمحصل ذلك بالنسبة اه (قوله فلو قلته) أي قبل التسجيل الذي هو الحكم لا مجرد التسليم الذي في صلب العبارة ، لكن هذا إنما يظهر على قول الإمام بعد لزوم الوقف قبل الحكم ، ولذا لم يذكر التسجيل في الخاتمة ، حيث قال : وقف ضيقة في حصنه على الفقراء ، وأخرجها من يده إلى المتولى ثم قال لوصيه عند الموت : أعط من غلتها فلان كذا وفلان كذا فجعلها لأولئك باطل ، لأنها صارت للفقراء أو فلا يملك إبطال حقهم إلا إذا شرط في الوقف أن يصرف غلتها إلى من شاء اه والمراد ببطلانها أنه لا يكون حقا لازما لمعان في غلة الوقف فلو كان فلان فقيرا لا يلزم إعطائه بل له أن يعطى غيره (قوله لكن سيجيء) أي آخر الفصل الآتي وفيه كلام سيأتي (قوله اتحد الوقف والجهة) بأن وقف وقفين على المسجد أحدهما على المارة والآخر إلى إمامه أو مؤذنه والإمام والمؤذن لا يستقر قلة المرسوم للحاكم الذين أن يصرف من فاضل وقف المصالح والمهارة إلى الإمام والمؤذن باستصواب أهل الصلاح من أهل الحلة إن كان الوقف متحدا لأن غرضه إحياء وقفه ، وذلك يحصل بما قلنا بحر عن البرازية وظاهره اختصاص ذلك بالقاضي دون الناظر (قوله بسبب خراب وقف أحدهما) أي خراب أماكن أحد الوقفين (قوله بأن بنى رجلا من مسجدين) الظاهر أن هذا من اختلافهما معا أما اختلاف الوقف فقيا إذا وقف رجلا من وقفين على مسجدا . (قوله لا يجوز له ذلك) أي

(١) قوله (هل لواحد لأهل الحلة اتح) هكذا خطه ولعل الأول من أهل الحلة تأمل اه

(ولو وقف العقار ببقره وأكرته) بفتحين عبيده الحراثون (صح) استحسانا تبعا للعقار وجاز وقف الفن على مضالغ الرباط خلاصة

أى الصرف المذكور، لكن نقل في البحر بعد هذا عن الولوالجية مسجده أوقاف مختلفة لأبأس للقيم أن يخلط غلبا كلها، وإن خرب حانوت منها فلا بأس بهارته من غلة حانوت آخر، لأن الكل للمسجد ولو كان مختلما لأن المعنى يجمعهما اه ومثله في البرازية تأمل.

[تنبيه] قال الخیر الرملي: أقول: ومن اختلاف الجهة ما إذا كان الوقف من رلين أحدهما للسكى والآخر للاستغلال فلا يصرف أحدهما للآخر وهي واقعة الفتوى اه.

مطلب في وقف المنقول تبعا للعقار

(قوله ولو وقف العقار) هو الأرض مبنية أو غير مبنية تنفع وب القاموس هو الضيعة، وهو المناسب لقوله ببقره الخ نهر (قوله عبيده الحراثون) الأكرة الحراثون من أكرت الأرض حوثها واسم الساعل أكار سمبالعة مصباح، والمراد أنهم إذا كانوا عبيده صح وقفهم تبعا للأرض وكذا آلات الحراثة كما في البحر (قوله صح استحسانا الخ) فإنه قد ثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبيع في الوقف، وهذا قول أبي يوسف ومحمد معه، لأنه أجازاه أفراد بعض المنقول بالوقف فالنفع أولى. قال في الإصعاف ويدخل في وقف الأرض ما فيها من الشجر والبناء دون الزرع والخرة كما في البيع، ويدخل أيضا للشرب والبريق كالإجارة، ولو جعلها مقبرة وفيها أشجار عظام وأبنية لا تدخل، ولو زاد في وقف الأرض بحقها وجميع ما فيها ومنها على الشجرة ثمرة قائمة يوم الوقف قال هلال: لا تدخل قياسا، وفي الاستحسان يترمه التصديق بها على وجه النذر لا الوقف وذكر الناطقي إذا قال بحقها تدخل في الوقف، وهذا أولى خصوصا إذا زاد بجميع ما فيها ومنها ولو وقف دارا بجميع ما فيها وفيها حمامات يطرن أو بيتا وفيه كورات غسل يدخل الحمام والنحل ربما لدار والغسل، كما لو وقف ضيعة وذكر ما فيها من العبد والدواب وآلات الحراثة اه ملخصا وقوله وذكر ما فيها الخ يفيد عدم الدخول بلا ذكره وبه صرح في الفتح، وقد اختصر في البحر عبارة الإصعاف اختصارا علما

مطلب لا يشترط التحديد في وقف العقار

[تنبيه] لم يذكر المصنف لصحة الوقف اشتراط تحديد العقار لأن الشرط كونه معلوما وقول المتنح: إذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها. وإن لم تحدد استغناء بشهرتها عن تحديدها اه ظاهره اشتراط التحديد، ولا يخفى ما فيه بل ذلك شرط لقبول الشهادة بوقفيها، ونعناه في البحر. وقال في أنفع الوسائل بعد ما قسم مسألة التحديد إلى سبع صور: وأما الصورة الثالثة أى ما لو لم يحددها أصلا، وهم لا يعرفونها فقال المصنف فيها الوقف باطل إلا أن تكون مشهورة وقال هلال: الشهادة باطلة ولا شك أن الأول يحتاج إلى تأويل بمعنى أن الشهادة باطلة كما قال هلال وغيره، ولا يجوز العمل بظاهره، لأن الوقف لا يشترط لصحته التحديد في نفس الأمر، ولا يجوز الحكم بابطاله بمجرد قول الشهود لم يحددها لنا ولا نعرفها ولا هي مشهورة اه ملخصا (قوله وجاز وقف الفن على مضالغ الرباط) ظاهره جواز وقفه استقلالاً وبؤيده أنه ذكره في الفتح عن الخلاصة في مسائل وقف المنقول الذي جرى فيه التعامل، فكان ينبغي للشارح ذكره بعد قول المصنف، ومنقول فيه تعامل، لتلا بقوم

ونفقت وجنایته فی مال الوقف ، ولو قتل عددا لا قود فیہ برازیة بل نجب قیمته لیشتري بها بدله (ک) ما صح وقف (مشاع قضی بجزاؤه) لأنه مجتهد فیہ ، فالحنفی المقلد أن یحکم بصحة وقف المشاع وبطلانه

أن المراد أنه وقفه تبعاً للرباط كما توجه فی البحر حیث قال : وأما وقف العبد تبعاً للمدسة والرباط فسیأتی أنه جوزه بعض المشایخ اه مع أنه فیا سیأتی إنما ذکر ما فی القتح عن الخلاصة (قوله ونفقت) أى وإن لم یشرطها الواقف وفی الإسعاف لو شرطها من الغلة ثم مرض بعضهم استحقها إن شرط لإجراءها علیهم ماداموا أحياء ، وإن قال لعلهم لا یجری شیء علی من تعطل عن العمل ، ولو باع العاجز واشتری بثمنه عبداً مكانه جاز اه وقال فی موضع آخر : وكذلك الدواب والآلات یدبها ویشتري بثمنها ما هو أصلح للوقف (قوله وجنایته فی مال الوقف) وعلى المتولی ما هو الأصلح من الدفع أو الفداء ولو فداه بأكثر من أرض الجنابة كان متطوعاً فی الزائد فیضمنه من ماله وإن فداه أهل الوقف كانوا متطوعین وبقی العبد علی ما كان علیه من العمل إسعاف (قوله لا قود فیہ) كأن وجهه أن فی القود ضرر الوقف بفوات البدل اه والظاهر أن محل ما ذكر فیا إذا رضى القاتل بدفع البدل أما إذا لم یرض إلا بتسليم نفسه للقصاص ، فإنه لا یجبر لأن القصاص عندنا هو الأصل ط (قوله بل نجب قیمته) كما لو قتل خطأ ویشتري به المتولی عبداً ویصیر وقفاً أو قتل المدبر خطأ وأخذ مولاه قیمته فإنه یشتري بها عبداً ویصیر مدبراً ، وقد صرح به فی الذخيرة عن الخصاص بجر .

مطلب فی وقف المشاع المقضی به

(قوله كما صح وقف مشاع قضی بجزاؤه) ویصیر بالقضاء متفقاً علیه والخلاف فی وقف المشاع مبني علی اشتراط التسليم وعدمه لأن القسمة من تمامه ، فأبو یوسف أجازها لأنه لم یشرط التسليم ، ومحمد لم یجزه لاشتراطه التسليم كما مر عند قوله ویفرز ، وقدمننا أن محل الخلاف فیا یقبل القسمة بخلاف مالا یقبلها فیحوز اتفاقاً لإلای المسجد والمقبرة وقدمننا بعض فروع ذلك (قوله لأنه مجتهد فیہ) أى یسوغ فیہ الاجتهاد لعدم مخالفتها لنص أو إجماع .

مطلب مهم

إذا حکم الحنفی بما ذهب إلیه أبو یوسف أو محمد لم یکن حاکماً بخلاف مذهبه

(قوله للحنفی المقلد الخ) أفاد أن المراد بقوله قضی بجزاؤه ما یشمل قبضه الحنفی وإنما خصه بالتفریع لثلاث یتمهم أن المراد به من مذهب آخر لأن إمام مذهبنا غیر قائل به ، لیکن لما كان قول أصحابه غیر خارج عن مذهبنا صح حکم مقلده به ولذا قال فی الدرر من کتاب القضاء عند الکلام علی قضاء القاضی ، بخلاف مذهبنا أن المراد به خلاف أصل المذهب کالحنفی إذا حکم علی مذهب الشافعی ، وأما إذا حکم الحنفی بما ذهب إلیه أبو یوسف أو محمد أو نحوهما من أصحاب الإمام فلیس حکماً بخلاف رأیه اه . فقد أفاد أن أقوال أصحاب الإمام غیر خارجة عن مذهبنا ، فقد نقلوا عنهم أنهم ما قالوا قولاً إلا هو مروی عن الإمام كما أوضحت ذلك فی شرح منظومتی فی رسم الفتی .

مطلب مهم فی إشکال وقف المنقول علی النفس

وهذا یرفع الإشکال المشهور الذی ذکره الإمام الطرسوسی فی أنفع الوسائل والعلامة ابن الشلیبی فی فتاواه وهو أن وقف الإنسان علی نفسه أجازاه أبو یوسف ، ومنعه محمد كما سیأتی ووقف المنقول کالبناء بدون أرض

لاختلاف الترجيح وإذا كان في المسألة قولان مصححان جاز الإنشاء والقضاء بأحدهما بحر ومصنف (و) كما صرح أيضا وقف كل (منقول) قصدا (فيه تعامل) للناس (كفأس وقنوم) بل (ودرام ودنانير) .

والكتب والمصحف منه أبو يوسف وأجازه محمد فوقف المنقول على النفس لا يقول به واحد منهما ، فيكون الحكم به ملفقا من قولين ، والحكم الملق بطل بالإجماع كما مر أول الكتاب ، وبه يتدفع ما أجاب به الطرطوسي من أنه في منية المفتي أفاد جواز الحكم الملق ، وتام ذلك مبسوط في كتابنا تنقيح الحامدية في الباب الأول من الوقف (قوله لاختلاف الترجيح) فإن كلا من قول أبي يوسف وقول محمد صحيح بلفظ الفتوى كما مر .

مطلب فيما إذا كان في المسألة قولان مصححان

(قوله قولان مصححان) أي وقد تساوى في لفظي التصحيح وإلا فالأولى الأخذ بما هو آكد في التصحيح كما لو كان أحدهما بلفظ الصحيح والآخر بلفظ عليه الفتوى ، فإن الثاني أقوى وكذا لو كان أحدهما في المتن أو كان ظاهر الرواية أو كان عليه الأكثر أو كان هو الأرق فإنه إذا صحح هو ومقابلته كان الأخذ به أولى كما قدمناه في أول الكتاب (قوله بأحدهما) أي بأي واحد منهما أراد لكن إذا قضى بأحدهما في حادثة ليس له القضاء فيها بالقول الآخر نعم يقضى به في حادثة غيرها وكذا المفتي وينبغي أن يكون مطمح نظره إلى ما هو الأرق والأصلح وهنا معنى قولهم إن المفتي يفتي بما يقع عنده من المصلحة أي المصلحة الدينية لا مصلحته الدنيوية .

مطلب في وقف المنقول قصدا

(قوله كل منقول قصدا) أما تبعا للعقار فهو جائز بلا خلاف عندهما كما مر لاختلاف في صحة وقف السلاح والكراع أي الخيل للآثار المشهورة والخلاف فيما سوى ذلك فعند أبي يوسف لا يجوز وعند محمد يجوز ما فيه تعامل من المنقولات واختاره أكثر فقهاء الأمصار كما في الهداية وهو الصحيح كما في الإسعاف ، وهو قول أكثر المشايخ كما في الظهيرية ، لأن القياس قد يترك بالتعامل ونقل في المجتبی عن السير جواز وقف المنقول مطلقا عند محمد وإذا جرى فيه التعامل عند أبي يوسف وتماهى في البحر والمشهور الأول (قوله وقدم) بفتح أوله وضم ثانيه مخففا ومثقلا :

مطلب في وقف الدرام والدنانير

(قوله بل ودرام ودنانير) عزاه في التخلصة إلى الأنصارى وكان من أصحاب زفر ، وعزاه في الخاتمة إلى زفر حيث قال : وعن زفر شريالية وقال المصنف المنع : ولما جرى التعامل في زماننا في البلاد الرومية وغيرها في وقف الدرام والدنانير دخلت تحت قول محمد المفتي به في وقف كل منقول فيه تعامل كما لا يخفى ، فلا يحتاج على هذا إلى تخصيص القول بجواز وقفها بلذهب الإمام زفر من رواية الأنصارى والله تعالى أعلم ، وقد أتى مولانا صاحب البحر بجواز وقفها ولم يملك خلافا له ما في المنع قال الرمل : لكن في إلحاقها بمنقول فيه تعامل نظر إذ هي مما ينفع بها مع بقاء حينها على ملك الواقف ، وإفتاء صاحب البحر بجواز وقفها بلا حكاية خلاف لا يدل على أنه داخل تحت قول محمد المفتي به في وقف منقول فيه تعامل ، لاحتمال أنه اختار قول زفر وأفتى به وما استدلل به في المنع من مسألة البقرة الآتية ممنوع بما قلنا إذ ينفع بلبنها ومنها مع بقاء حينها لكن إذا حكم به حاكم ارتفع الخلاف اهـ ملخصا :

قلت : بل ورد الأمر للقضاة بالحكم به كما في معروضات المفتي أبي السعود ومكييل وموزون فيبيع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة فعلى هذا لو وقف كرا على شرط أن يقرضه لمن لا يبلر له ليزرعه لنفسه فإذا أدرك أخذ مقداره ثم أقرضه لغيره وهكذا جاز خلاصة ، وفيها : وقف بقرة على أن ماخرج من لبنها أو سمها للفقراء إن اعتادوا ذلك رجوت أن يجوز (وقدر وجنازة) وثياها ومصحف وكتب لأن التعامل يترك به القياس لحديث « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » بخلاف ما لا تعامل فيه كتاب »

قلت : إن الدراهم لا تعين بالثمين ، فهي وإن كانت لا يبتفع بها مع بقاء عينها لكن بلغا قائم مقامها لعدم تعينها ، فكانها باقية ولا شك في كونها من المنقول ، فحيث جرى فيها تعامل دخلت فيها أجازة محمد ولهذا لما مثل محمد بأشياء جرى فيها التعامل في زمانه قال في الفتح : إن بعض المشايخ زادوا أشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رأوا جريان التعامل فيها ، وذكر منها مسألة البقرة الآتية ومسألة الدراهم والمكييل حيث قال : ففي الخلاصة : وقف بقرة على أن مايجوز من لبنها وسمها يعطى لأبناء السبيل ، قال : إن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون جائزا ، وعن الأصصاري وكان من أصحاب زفر فيمن وقف الدراهم ، أو مايكال أو مايوزن أيجوز ذلك قال : نعم قبل وكيف قال يدفع الدراهم مضاربة ، ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه ومايكال أو يوزن يباع ويدفع ثمنه لمضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس إذا وقف كرا من الخنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا يبلر لم ليزرعه لأنفسهم ، ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض ، ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا السبيل ، يجب أن يكون جائزا قال ومثل هذا كثير في الري وناحية دوما ونداه وهذا ظهر صحة ما ذكره المصنف من إلحاقها بالمنقول المتعارف على قول محمد المفتي به وإنما خصوها بالنقل عن زفر ، لأنها لم تكن متعارفة إذ ذاك ، ولأنه هو الذي قال بها ابتداء قال في التهر : ومقتضى ما مر عن محمد عدم جواز ذلك أي وقف الخنطة في الأقطار المصرية لعدم تعارفه بالكلية : نعم وقف الدراهم والدنانير معروف في الديار الرومية اه (قوله ومكييل) معطوف على قول المصنف ودراهم (قوله ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة) وكذا يفعل في وقف الدراهم والدنانير ، وما خرج من الربيع يتصدق به في جهة الوقت وهذا هو المراد في قول الفتح عن الخلاصة ، ثم يتصدق بها فهو على تقديره مضاف أي برحبها ، عبارة الإسعاف ثم يتصدق بالفضل (قوله فعل هذا) أي القول بصحة وقف المكييل (قوله وجنازة) بالكسر النعش وثياها ما يعطى به الميت وهو في النعش ط .

مطلب في التعامل والعرف

(قوله لأن التعامل يترك به القياس) فإن القياس عدم صحة وقف المنقول لأن من شرط الوقف التأيد ، والمنقول لا يدوم والتعامل كما في البحر عن التحرير ، هو الأكثر استعمالا وفي شرح البيري عن المبسوط أن الثابت بالعرف كالثابت بالنص اه وتعام تحقيق ذلك في رسالتنا المسماة [نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف] وظاهر ما مر في مسألة البقرة اعتبار العرف الحادث ، فلا يلزم كونه من عهد الصحابة ، وكذا هو ظاهر ما قدمناه آنفا من زيادة بعض المشايخ أشياء جرى التعامل فيها وعلى هذا فالظاهر اعتبار العرف في الموضع ، أولمان الذي اشتهر فيه دون غيره فوقف الدراهم متعارف في بلاد الروم دون بلادنا ، ووقف الفأس والقندوم كان متعارفا في زمن المتقدمين ولم نسمع به في زماننا فالظاهر أنه لا يصح الآن ولئن وجدنا نادوا لا يعتبر لما علمت من أن التعامل هو الأكثر استعمالا فاعلم (قوله لحديث الخ) رواه أحمد في كتاب السنة ، ووه من عزاء للمسد

ومتاع وهذا قول محمد وعليه الفتوى اختيار ، وألحق في البحر السفينة بالمتاع ، وفي البزازیة : جاز وقف الأكسية على الفقراء فتدفع إليهم شئاً ثم يردونها بعده . وفي الدرر وقف مصحفاً على أهل مسجد للقراءة إن محصور جاز وإن وقف على المسجد جاز ويقرأ فيه ، ولا يكون محصوراً على هذا المسجد وبه عرف حكم نقل كتب الأوقاف من عالمها للانتفاع بها والفقهاء بذلك مبتلون فإن وقفها على مستحق وقفه لم يجز نقلها

من حديث أبي وائل عن ابن مسعود ، وهو موقوف حسن وتماحه في حاشية الحموى عن المقاصد الحسنة لسبحاوى (قوله ومتاع) ما يتمتع به فهو عطف عام على خاص ، فيشمل ما يستعمل في البيت من أثاث المزل كفراش وبساط وحصى لغبر مسجد والأواني والقدور . نعم تعارف وقف الأواني من النحاس ونص المتقدمون على وقف الأواني والقدور المحتاج إليها في غسل الموتى (قوله وهذا) أى جواز وقف المنقول المتعارف (قوله وألحق في البحر السفينة بالمتاع) أى فلا يصح إكسها قال شيخ مشايخنا السامحاني : إنهم تعاملوا وقفها فلا تردد في صحة ما ، وكذا حدث بعد صاحب البحر وألحق في المنع وقف البناء بدون الأرض ، وكذا وقف الأشجار بدونه ، لأنه منقول فيه تعامل وتماحه في الدرر المتيقن . وسأيت عند قول المصنف نبي على أرض الخ (قوله جاز وقف الأكسية الخ) قلت : وفي زماننا قد وقف بعض الثوابين على المؤذنين القراءة شتاء ليلاً فينبقى الجوار سبياً على ما روى عن الزاهد في تدبر شرح الملتقى : أى ما ذكره الزاهد في المحتج من جواز وقف المنقول مطلقاً عند محمد ، ولا يخفى أن هذا في وقف نفس الأكسية أما لو وقف عقاراً وشرط أن يشتري من ريعه أكسية للفقراء أو مؤذنين فلا كلام فيه كما أفاده ط .

مطلب متى ذكر للوقف مصرفاً لا بد أن يكون فيهم تنصيص على الحاجة

(قوله إن محصور جاز) هذا الشرط مبني على ما ذكره شمس الأئمة من الضابط وهو أنه إذا ذكر للوقف مصرفاً لا بد أن يكون فيهم تنصيص على الحاجة حقيقة كالفقراء أو استعمالاً بين الناس كاليانصيب والزمنى ، لأن الغالب فيهم الفقير ، فيصبح للأغنياء والفقراء منهم إن كانوا محصورين ، وإلا فليقرأنهم فقط ، ومتى ذكر مصرفاً يستوى فيه الأغنياء والفقراء ، فإن كانوا محصورين صح باعتبار أعيانهم وإلا بطل ، وروى عن محمد بن مالا نخصي عشرة ، وعن أبي يوسف مائة وهو المأخوذ به عند البعض وقيل أربعون وقيل ثمانون والفتوى أنه معوض إلى رأى الحاكم إسعاف وبجر (قوله وإن وقف على المسجد جاز) ظاهره أنه لا يشترط فيه كون أهله ممن يحصور ، لأن الوقف على المسجد لأعلى أهله كما هو المتبادر من المقابلة ، ولعل وجهه أنه يصير كالنصيص على التأييد بمنزلة الوقف على عمارة مسجد معين فإنه يضعف في المختار لتأبده مسجداً كما قدمناه عند قوله ويجعل آخره لجهة قرية (قوله ولا يكون محصوراً على هذا المسجد) هذا ذكر في الخلاصة بقوله وفي موضع آخر ولا يكون الخ أى وذكر في كتاب آخر فهو قول آخر مقابل لقوله : ويقرأ فيه ، فإن ظاهره أنه يكون مقصوراً على ذلك المسجد وهذا هو الظاهر حيث كان الواقف عين ذلك المسجد ، فإن فعله صاحب الدرر حيث نقل العبارة عن الخلاصة ، وأسقط منها قوله وفي موضع آخر غير مناسب لإيهامه أنه من ثمة ما قبله إلا أن يكون قد فهم أن قوله : ويقرأ فيه محمول على الأولوية فيكون ما في موضع آخر غير مخالف له تأمل ، لكن في الفينة : سبل مصحفاً في مسجد بعينه للقراءة ليس له بعد ذلك أن يدفعه إلى آخر من غير أهل تلك الحاجة للقراءة قال في النهر : وهذا يوافق القول الأول لما ذكر في موضع آخر أنه فهذا يفيد أنهما قولان متعارفان خلافاً لما فهمه في الدرر وتبعه الشارح (قوله وبه عرف حكم نقل كتب الأوقاف من عالمها للانتفاع بها والفقهاء بذلك مبتلون فإن وقفها على مستحق وقفه لم يجز نقلها) ولا سيما إذا كان الناقل

وإن على طلبة العلم وجعل مقرها في خزائنه التي في مكان كذا في جواز النقل تردد - نهر (ويبدأ من غلته بعمارة)
ليس منهم نهر ، ومفاده أنه عين مكانها بأن بني مدرسة وعين وضع الكتب فيها لانقطاع سكانها .

مطلب في حكم الوقف على طلبة العلم

(قوله وإن على طلبة العلم الخ) ظاهره صحة الوقف عليهم لأن الغالب فيهم الفقير كما علم من الضابطات المتألفا .
وفي البحر قال شمس الأئمة : فعلى هذا إذا وقف على طلبة العلم في بلدة كذا يجوز لأن الفقير غالب فيهم ، فلكان
الاسم منبثا عن الحاجة ثم ذكر الضابط المار .
قلت . ومقتضاه أنهم إذا كانوا لا يحصون بخصص بفقرائهم . فعلى هذا وقف المصحف في المسجد والكتب
في المدارس لا يجعل لغير فقير وهو خلاف المتبادر من عبارة الخلاصة والقنية في المصحف . وقد يقال إن هذا
ما يستوى في الانتفاع به الغني والفقير كما سيأتي من أن الوقف على ثلاثة أوجه : منها : ما يستوى فيه الفريقان
كرباط وخزان ومقابر وسقاية وعنه في الهداية بأن أهل العرف يريدون فيه التسوية بينهم ، ولأن الحاجة داعية ،
وهنا كذلك فإن واقف الكتب يقصد نفع الفريقين ولأنه ليس كل غني يجحد كل كتاب يريد به خصوصا وقت
الحاجة إليه .

مطلب في نقل كتب الوقف من محلها

(قوله في جواز النقل تردد) الذي تحصل من كلامه أنه إذا وقف كتابا وعين موضعها فإن وقفها على أهل ذلك
الموضع ، لم يجوز نقلها . أنه لا لم ولا لغيرهم ، وظاهره أنه لا يجعل لغيرهم الانتفاع بها وإن وقفها على طلبة العلم ، فلكل
طالب الانتفاع بها في محلها وأما نقلها منه ، ففيه تردد ناشئ مما قدمه من الخلاصة من حكاية القولين ، من أنه لو وقف
المصحف على المسجد لا يباين تعيين أهله قيل يقرأ فيه أي يختص بأهله المترددين إليه ، وقيل : لا يختص به أي فيجوز
نقله إلى غيره . وقد علمت تقوية القول الأول بما مر عن القنية وبقي ما لو عزم الواقف بأن وقفه على طلبة العلم لكنه
شرط أن لا يخرج من المسجد أو المدرسة كما هو العادة وقد مر عند قوله ولا يبرهن عن الأشياء : أنه لو شرط أن لا يخرج
إلا برهن لا يبعد وجوب اتباع شرطه وحمل الرهن على المعنى اللغوي تبعاً لما قاله السبكي ، ويؤيده ما قدمناه قبيل قوله
والملك يزول عن الفتح من قوله إن شرائط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع وهو مالك ، فله أن يجعل ماله حيث
شاه ما لم يكن معصية وله أن يختص صفات الفقراء ، وكذا سيأتي في فروع الفصل الأول أن قولهم شرط الواقف
كنص الشارع أي في المفهوم والدلالة ، ووجوب العمل به .
قلت : لكن لا ينبغي أن هذا إذا علم أن الواقف نفسه شرط ذلك حقيقة أما مجرد كتابة ذلك على ظهر الكتب
كما هو العادة فلا يثبت به الشرط وقد أخبرني بعض قوائم مدرسة أن واقفها كتب ذلك ليجعل حيلة لمنع إعاقة
من يشتري منه الضباع والله سبحانه أعلم .

مطلب يبدأ من غلة الوقف بعمارة

(قوله ويبدأ من غلته بعمارة) أي قبل الصرف إلى المستحقين قال الفهستاني العمارة بالكسر مصدر
أو اسم ما يمر به المكان . بأن يصرف إلى الموقوف عليه حتى يبقى على ما كان عليه دون الزيادة إن لم يشترط
ذلك . كما في الزاهدني وغيره ، فلو كان الوقف شجرة يخاف هلاكه كان له أن يشتري من غلته قصيلاً فيغزوه

ثم ما هو أقرب لعمارة كل امام مسجد ومدرس مدرسة يعطون بقدر كفايتهم

لأن الشجر يفسد على امتداد الزمان ، وكذا إذا كانت الأرض سبخة لا ينبت فيها شيء كان له أن يصلحها كما في المحيط اه .

مطلب دفع المرصد مقدم على الدفع للمستحقين

ومثله في الخانية وغيرها ودخل في ذلك دفع المرصد الذي على الدار ، فإنه مقدم على الدفع للمستحقين كما في فتاوى تلميذ الشارح المرحوم الشيخ إسماعيل وهذه فائدة جلية قل من تنبه لها ، فإن المرصدين على الوقف لضرورة تعميره فإذا وجد في الوقف مال ولو في كل سنة شيء حتى تتمخلص رقة الوقف ويصير يؤجر بأجرة مثله لزم الباطل ذلك ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .

مطلب كون التعمير من الغلة إن لم يكن الخراب بصنع أحد

وذكر في البحر أن كون التعمير من غلة الوقف إذا لم يكن الخراب بصنع أحد ، ولذا قال في التلويح ربح أجر دار الوقف فجعل المستأجر رواتها مربطاً للدواب وخربها يضمن لأنه فعل بغير إذن اه

مطلب عمارة الوقف على الصفة التي وقفه

[تنبيه] لو كان الوقف على معين فالعمارة في ماله كما سياتي بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه . فإن خرب يبني كذلك ولا تجوز الزيادة بلا رضاه ولو كان على الفقراء فكذلك ، وعند البعض تجوز والأول أصح هداية ملخصاً وبه علم أن عمارة الوقف زيادة على ما في زمن الواقف لا تجوز بلا رضا المستحقين وطاهر قوله بقدر ما يبقى الخ منع البياض والحمرة (١) على الحيطان من مال الوقف إن لم يكن فعله الواقف وإن فعله فلا منع بحر .

مطلب يبدأ بعد العمارة بما هو أقرب إليها

(قوله ثم ما هو أقرب لعمارته الخ) أي فإن انتهت عمارته وفصل من الغلة شيء يبدأ بما هو أقرب للعمارة وهو عمارته المعنوية التي هي قيام شعائره قال في الحاوي القدسي : والذي يبدأ به من ارتفاع الوقف أي من غلته عمارته شرط الواقف أولاً ثم ما هو أقرب إلى العمارة ، وأهم للمصلحة كل إمام للمسجد ، والمدرس للمدرسة يصرف إليهم إلى قدر كفايتهم ، ثم السراج والبساط كذلك إلى آخر المصالح ، هذا إذا لم يكن معينا فإن كان الوقف مبنياً على شيء يصرف إليه بعد عمارة البناء اه قال في البحر والسراج بالكسر : التناديل ومراده مع زينتها والبساط بالكسر أيضاً الحصير ، ويلحق بهما معلوم خادمهما وهو الوفاة والفراش فيقدمان وقوله إلى آخر المصالح : أي مصالح المسجد يدخل فيه المؤذن والناظر ، ويدخل تحت الإمام الخطيب لأنه إمام الجامع اه ملخصاً ثم لا يخفى أن تعبير الحاوي ثم يفيد تقديم العمارة على الجميع كما هو إطلاق المتن فيصرف إليهم الفاضل عنها خلافاً لما يوهمه كلام البحر نعم كلام الفتح الآتي يفيد المشاركة ويأتي بيانه فافهم (قوله بقدر كفايتهم) أي لا يقتدر استحقاقهم المشروط لهم والظاهر أن قول الحاوي هذا إذا لم يكن معينا الخ راجع إليه كما فهمه في شرح المتن ، وقال : إن فرض المسألة فما إذا كان

(١) (قوله منع البياض والحمرة الخ) قال شيخنا وقد رأيت تعقيد ذلك بما إذا لم يورث البياض والحمرة زيادة في الأجرة فإن كان كذلك فلا منع ثم قال وهو تعقيد حسن ويظهر أن الزيادة في أملاكه كذلك اه .

ثم السراج والبساط كذلك إلى آخر المصالح ونمامه في البحر (وإن لم يشترط الوقف) لثبوته اقتضاء وتقطع الجهات للعمارة إن لم يخف ضرر بين فتح ، فإن خيف كإمام وخطيب وفراش قديموا

الوقف على جملة المستحقين بلاتعيين قدر لكل فلو به فلا ينبغي جعل الحكم كذلك أه أي بل يصرف إلى كل منهم القدر الذي عينه الواقف ، ثم قال في شرح الملتقى : ويمكن أن يقال لا فرق بين التعيين وعدمه ، لأن الصرف إلى ما هو قريب من العمارة كالعمارة وهي مقدمة مطلقا . ويقويه تجوزهم مخالفة شرط الواقف في سبعة مسائل منها : الإمام لو شرط له مالا يكتبه بخالف شرطه أه .

قلت : وهذا مأخوذ من البحر حيث قال : والتسوية بالعمارة تقتضي تقديمهما أي الإمام والمدرس عند شرط الواقف إنه إذا ضاق ريع الوقف قسم الربع عليهم بالحصة وإن هذا الشرط لا يعتبر أه .

والحاصل : أن الوجه يقتضي أن ما كان قريبا من العمارة يلحق بها في التقديم على بقية المستحقين ، وإن شرط الواقف قسمة الربع على الجميع بالحصة أو جعل لكل قدرا وكان ما قدره للإمام ونحوه لا يكتبه فيعطى قدر الكفاية فلا يلزم تعطيل المسجد ، فيقدم أولا للعمارة الضرورية ثم الأهم فالأهم من المصالح والشعائر بقدر ما يقوم به الحال ، فإن فضل شيء يعطى بقية المستحقين إذ لا شك أن مراد الواقف انتظام حال مسجده أو مدرسته لا مجرد ارتفاع أهل الوقف ، وإن أرم تعطيله خلافا لما يؤممه كلام الحاوي المذكور ، ولكن يمكن إرجاع الإشارة في قول الحاوي هذا إذا لم يكن معينا الخ إلى صدر عبارته . يعني أن الصرف إلى ما هو أقرب إلى العمارة كالإمام ونحوه إنما هو فيما إذا لم يكن الوقف معينا على جماعة معنويين كالسجد والمدرسة ، أما لو كان معينا كالدار الموقوفة على الذرية أو الفقراء فإنه بعد العمارة يصرف الربع إلى ما عينه الواقف بلا تقديم لأحد على أحد فاعظم هذا التحذير (قوله كذلك) أي بقدر الكفاية لا بقدر الشرط ، وأما قوله الآتي : فيعطوا المشروط وقوله فلهم أجرة علمهم ، فإني الكلام فيه (قوله لثبوته اقتضاء) لأن قصد الواقف صرف العدة ، وهذا ولا يتبقى دائمة إلا بالعمارة . ثبت شرط العمارة اقتضاء بحر ومثلهما ، وهو قريب منها كما قررناه آنفا .

مطلب في قطع الجهات لأجل العمارة

(قوله وتقطع الجهات) أي تمنع من الصرف إليها ، وعبرة الفتح وتقطع الجهات الموقوف عليها للعمارة إن لم يخف ضرر بين فإن خيف قدم أه أي إن لم يخاف بقطعه ضرر بين كإمام ونحوه يقدم أي على بقية المستحقين ممن ليس في قطعهم ضرر بين لأجل العمارة فافهم ، إلا أن يكون المراد للعمارة الغير الضرورية ، فإن الإمام يقدم عليها ويمنع أن المراد من قوله : تقدم أنه لا يقطع بقربة صدر العبارة ، لكن بغير عقده أنه من في قطعه ضرر بين يساوى العمارة فيصرف أولا إليها وإليه وهو خلاف المناد من التعبير بتم في عبارة الحاوي كما مر ، فلما أن يراد بتم معنى الواو كما هو ، فناد كلام البحر ، أو يراد بالعمارة فيها من الضرورية كرفع سقف أو جدار ، فيصرف الربع إليها أولا كما هو . فناد المثنون ، ثم الناضل إلى الجهات الضرورية الأهم فالأهم دون غيرهما كالشاهد والجاني وخازن الكتب ونحوهم ، ويراد بما في النفع العمارة الغير الضرورية فتقدم الجهات الضرورية عليها أو تشاركها إذا كان الربع يكفي كلامهما . ثم لا ينبغي أنه لو احتيج قطع الكل للعمارة الضرورية قدمت على جميع الجهات ، إذ ليس من النظر غراب المسجد لأجل إمام ومؤذن .

فالحاصل : أن الترتيب المستفاد من عبارة الحاوي بالنظر إلى تقديم العمارة الضرورية ، على جميع الجهات

فیعلی المشروط لهم

والمشاركة المقادة من عبارة الفتح بالنظر إلى غير الضرورية أو إذا كان في الريح زيادة على الضرورية ، ثم رأيت في حاشية الأشباه التصريح بحمل ما في الحاوى على ما قلنا (قوله فیعلی المشروط لهم) برفع المشروط نائب فاعل يعطى ، وفي بعض النسخ فيعطوا بالجزم بحذف النون عطفا على قدوا ونصب المشروط مفعول ثان . واعترض بأن ما ذكره تابع فيه النهر وهو خلاف ما مر من أنهم يعطون بقدر كفايتهم ، وخلاف ما في البحر من أخذ قدر الأجرة .

قلت : لا يخفى عليك أن قول الفتح للار ، وتقطع الجهات الخ معناه أن من يخاف بقطعه ضرر بين لا يقطع معلومه المشروط له بل يقدم ويأخذه بخلاف غيره من المستحقين كالناظر والشاذ والمباشر ونحو ذلك فإنه يقطع ولا يعطى شيئا أى إلا إذا عمل زمن العماره ، فله قدر أجرته فقط لا المشروط ، فإنه في الفتح قال بعد قوله قدم ، وأما لناظر فإن كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فإذا قطعوا للعمارة قطع إلا أن يعمل كالمباشر ولا يشاء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته وإن لم يعمل لا يأخذ شيئا اهـ ولهذا قال في النهر : وأفاد في البحر أن مما يخاف بقطعه الضرر النهر الإمام والخطيب ، فيعطيان المشروط لهما أما المباشر والشاذ إذا عملا زمن العماره فلما يستحقان بقدر أجرة صميمه لا المشروط اهـ لكن الظاهر أن قوله : وأفاد في البحر سق قلم ، وصوابه وأفاد في الفتح لأن أذكره هو مفاد كلام الفتح كما علمته ، وأما ما في البحر فإنه خلاف هذا لأنه بعد ما ذكر كلام الفتح قال : فظاهره أن من عمل من المستحقين زمن العماره يأخذ قدر أجرته ، لكن إذا كان مما لا يمكن ترك عمله إلا بضرر بين كالإمام والخطيب ، ولا يراعى المعلوم المشروط زمن العماره ، فعلى هذا إذا عمل المباشر والشاذ زمن العماره يعطيان بقدر أجرة عملهما فقط وأما ما ليس في قطعه ضرر بين فإنه لا يعطى شيئا أصلا زمن العماره اهـ .

وأنت خبير بأن ما نسب إلى ظاهر الفتح خلاف الظاهر ، فإن ظاهر الفتح أن من لا يقطع يعطى المشروط لا الأجر ومن يقطع وهو من ليس في قطعه ضرر بين لا يعطى ، ثم ذكر أن الناظر ممن يقطع وأنه إذا عمل فله قدر أجرته . أى لا ما شرط له الواقف فأفاد أن من يقطع كالناظر لا يعطى شيئا إلا إذا عمل وهذا كله كما ترى مخالف لما فهمه في البحر ، من أن من لا يقطع كالإمام له الأجر إذا عمل ، ومن يقطع لا يعطى شيئا أصلا أى لا أجرا ولا مشروطا وإن عمل وفيه أيضا أنه جعل للشاذ والمباشر أجرة إذا عملا ، ومقتضاها أنهما من الشعائر التي لا تقطع ، وهو خلاف ما صرح به نفسه بعد نحو ثلاث أوراق نعم هو ، وافق لما بحثه في الأشباه من أنه ينبغي أن يلحق هؤلاء يعنى الإمام والمدرس والخطيب والمؤذن والميقاني والناظر ، وكذا الشاذ والكتاب والجاني زمن العماره اهـ لكن رد في النهر ما في الأشباه بأنه مخالف لصريح كلامهم كما مر ، بل الناظر وغيره إذا عمل زمن العماره ، كان له أجر مثله كما جرى عليه في البحر وهو الحق اهـ ومراده بما جرى عليه في البحر ، ما نقله عن الفتح ومراده بقوله : بل الناظر وغيره : أى من ليس في قطعه ضرر بين ووجه مخالفته للمقول . أن هؤلاء لهم أجرة عملهم إذا عملا زمن العماره فإلحاقهم بالإمام وأخويه يقتضى أن لهم المشروط ، وليس كذلك كما دل عليه كلام الفتح وبه ظهر خلل ما في البحر وعبارة ما ذكره الشارح تبعا للنهر خلافا لمن نسبها إلى علم الفهم فافهم . نعم في عبارة البحر والنهر خلل من وجه آخر وهو أن كلامهما مبنى على أن المراد بالعمل في عبارة الفتح عمله في وظيفته ، وهو بعيد لأنه إذا عمل في وظيفته ، وأعطى قدر أجرته لم يقطع بل صدق عليه أنه قدم كثيرا ممن في قطعه ضرر كالإمام ، وهذا خلاف ما مر من تقديم الإمام فالأهم . وأيضا من لم يعمل عمله المشروط لا يعطى شيئا أصلا ولو كان في قطعه ضرر ، فلا فرق بينه وبين

وأما الناظر والكاتب والجاني ، فإن عملوا زمن العمارة ، فلهم أجره عملهم لا المشروط بحر : قال في التهر : وهو الحق خلافا لما في الأشباه وفيها عن الذخيرة لو صرف الناظر لهم مع الحاجة إلى التعمير ضمن وهل يرجع عليهم الظاهر لا لتعديده بالدفع

غيره فيتعين حل العمل في كلام الفتح على العمل في التعمير وعبارة الفتح صريحة في ذلك فإنه قال : إلا أن يعمل كالأفاعل والبناء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته اه لكن هو مقيد بما إذا عمل بأمر القاضي لما في جامع الفصولين لو عمل المتولى في الوقف بأجر جاز وبقي بعدهم إذ لا يصلح مؤجرا ومستأجرا وصح لو أمره الحاكم أن يعمل فيه اه وعليه كما في الفتية : إذا عمل القيم في عمارة المسجد والوقف كعمل الأجير لا يستحق أجرا محمول على ما إذا كان بلا أمر الحاكم والظاهر أن الناظر غير قيد ، بل كل من عمل في التعمير من المستحقين له أجره عمله وبما نصوا على الناظر ، لأنه لا يصلح مؤجرا ومستأجرا أى مستأجرا لنفسه ، فإذا كان بأمر الحاكم كان الحاكم هو المستأجر له ، بخلاف غيره من المستحقين فإن المستأجر له هو الناظر ، فلا شبهة في استحقاقه الأجرة كالأجنبي .

وحيث حملنا كلام الفتح على ما قلنا صار حاصله : أن من في قطعه ضرر بين لا يقطع زمن التعمير أى بل يبقى على . بشرطه الواقف وأما غيره فيقطع ولا يعطى شيئا أصلا وإن عمل في وظيفته . نعم يعطى لكل أجره عمله إذا عمل في العمارة ولو هو الناظر لكن لو بأمر الحاكم وبهذا التقرير سقط ما قدمناه عن التهر في الرد على الأشباه إذ لا أجره على العمل في غير التعمير ، ثم الظاهر أن المراد بالمشروط ما يكتفيه لأن المشروط له من الواقف لو كان دون كفايته وكن لا يقوم بعمله إلا به يزداد عليه وبؤيده ماسياقي في فروع الفصل الأول أن للقاضي الزيادة على معلوم الإمام إذا كان لا يكتفيه ، وكذا الخطيب :

قلت : بل الظاهر أن كل من في قطعه ضرر بين فهو كذلك لأنه في حكم العمارة ، فهو مثل ما لو زادت أجره الأجير في التعمير ، وأما لو كان المشروط له أكثر من قدر الكفاية فلا يعطى إلا الكفاية في زمن التعمير لأنه لا ضرورة إلى دفع الزائد المأذون إلى قطع غيره فيصرف الزائد إلى من يليه من المستحقين ، وعلى هذا يحصل التوفيق بين ما مر من الحاوى من أنهم يعطون بقدر كفايتهم ، وبين ما استفيد من الفتح من أنهم يعطون المشروط :

والحاصل مما نقرر ونحذر أنه يبدأ بالتعمير الضروري حتى لو استغرق جميع الغلة صرفت كلها إليه ولا يعطى أحد ولو لإماما أو مؤذنا وإن فصل عن التعمير شيء يعطى ما كان أقرب إليه مما في قطعه ضرر بين وكذا لو كان التعمير غير ضروري بأن كان لا يؤدي تركه إلى خراب العين ، لو أضر إلى غلة السنة القابلة فيقدم الأهم فالأهم ثم من لا يقطع يعطى المشروط له إذا كان قدر كفايته وإلا يزداد أو ينقص ، وإن لم يكن في قطعه ضرر بين قدمت العمارة عليه وإن أمكن تأخيرها إلى غلة العام القابل كما هو مقتضى إطلاق المتن ولا يعطى شيئا أصلا وإن باشر وظيفته مادام الوقف محتاجا إلى التعمير وكل من عمل من المستحقين في العمارة فله أجره عمله لا المشروط ولا قبل الكفاية فهذا غاية ما ظهر في تحرير هذا المقام الذي زلت فيه أقدام الأفهام (قوله وأما الناظر والكاتب الخ) قد علمت ما في هذا الكلام وما مدعاه في التهر أنه الحق خلافا لما في الأشباه بما حرره آنفا (قوله ضمن) هذا إذا كان في تأخير التعمير خراب عين الوقف ، وإلا فيجوز الصرف للمستحقين ، وتأخير العمارة للغلة الثانية إذا لم يخف ضرر بين ، فإن خيف قدم كما في الزواهر على البحر در مثق (قوله الظاهر لا) قياسا على مودع الابن إذا أنفق على الأبوين

وما قطع العارة بسقط رأسا : وفيها لو شرط الواقف تقديم العارة . ثم الفاضل للفقراء أو للمستحقين لزم الناظر إمساك قدر العارة كل سنة وإن لم يحتج الآن لجواز أن يحدث حدث ولا غلة بخلاف ما إذا لم يشترط فليحفظ الفرق بين الشرط وعدمه ، وفي الوهبانية لو زاد المتولى داتقا على أجر المثل ضمن الكل ، لو قوع الإحارة له وفي شرحها للشرائلي عند قوله :

ويدخل في وقف المصالح قيم إمام خطيب ومؤذن يعبر

الشعائر التي تقدم شرط أم لم يشترط بعد العارة هي إمام وخطيب ومدرس ووقاد وفراش ومؤذن وناظر ، وعن زيت وقناديل وحصر وماء وضوء وكلفة نقله الميضة فليس مباشر وشاهد ، وشاد ، وجاب ، وخارن كسب من الشعائر ، فتقدمهم في دفتر المحاسبات ليس بشرعي

بلاذنه ولا إذن القاضي فإنه يضمن بلا رجوع عليهما لأنه بالصلحان تبين أنه دفع مال نفسه وأنه يبرح خروجه نظر بل له الرجوع (۱) مادام المدفوع قائما لو حالك لأنه هبة نهر .

أقول : لأوجه لجله هبة بل هو دفع مال يستحقه غير المدفوع إليه على من أنه يستحق المدفوع إليه فله الرجوع قائما أو مستهلكا كدفع الدين المظنون ، بخلاف مودع الابن فإنه مأور الحفظ رلى ما يخصه ونحوه في شرح المقدسي ، ونقل ط نحوه عن البيري . والحاصل : أن الظاهر الرجوع مطلق لعدمه مطلقا ولا التفصيل (قوله وما قطع الخ) في الأشياء إذا حصل تعمير الوقف في سنة وقطع معلوم المستحقين كله ، أو بعضه فما قطع لا يبقى دين له على الوقف إذ لا حق لم في الغلة زمن التعمير ، وفائدته لو جاءت الغلة في السنة الثانية وقاصر شيء بعد صرف معلومهم هذه السنة لا يعطيم الفاضل عوضا عما قطع اه (قوله قدر العارة) أي مقدار الذي يعاب على ظنه الحاجة إليه حموي ويصرف الزيادة على مباشر الوقف أشياء (قوله ولا غلة) أي والحال أنه لا غلة للأرض حين يحدث حدث (قوله فليحفظ الفرق الخ) قال في الأشياء يفرق بين اشتراط تقديم العارة كل سنة والسكوت عنه فإنه مع السكوت تقدم العارة عند الحاجة إليها ولا يدخر لها عند عدم الحاجة إليها ومع الاشتراط تقدم عند الحاجة ويدخر لها عند عدمها ثم يفرق الباقي لأن الواقف إنما جعل الفاضل عنها للفقراء اه ط (قوله وزاد المتولى داتقا) صورته استأجر المتولى رجلا في عمارة المسجد بدوهم ودائق ، وأجرة مثله درهم ضمن جميع الأجرة من ماله لأنه زاد في الأجر أكثر مما يتغابن فيه الناس ، فبصير مستأجرا لنفسه فإذا نقص الأجر من مال المسجد كان ضايعا ، يخرج عن الخانة والدائق سدس الدرهم والمدار على مالا يتغابن فيه أي مالا يقبل الناس القين فيه إذ أدومه يسير لا يمكن الاحتراز عنه (قوله وفي شرحها) خبر مقدم وجملة قوله الشعائر الخ قصد ما قلناه مبدءا ، وآخر (قوله وفي وقف المصالح) أي فيما لو وقف على مصالح المسجد (قوله يعبر) من العبور بمعنى الدخول (قوله التي تقدم) أي على بقية المستحقين بعد العارة الضرورية (قوله إمام وخطيب الخ) ظاهره أن جميع من ذكر يكون في قطعه ضرر بين وخصه في النهر بالخطيب فقط بشرط أن يتحد في البلد ككة والمدينة ، ولم يوجد من يخطب حسبة بلاذن الإمام اه وفيه نظر كما في الحموي (قوله مباشر) انظر ما المراد به (قوله وشاهد) قيل المراد به كاتب الغيبة المعروف بالنقطجي يعرف أهل الشام (قوله وشاد) هو المألزم للمسجد مثلا لتفقد حاله من تنظيف ونحوه ط ، وقيل : هو المسمى بالدعجي .

(۱) (قوله بل له الرجوع الخ) . انتهى . ولا أن تكون مسألة الوديعة الفاسط عليها كذا مع أن أحد من العلماء لم يفصل في عدم رجوع المودع بل اتفقت كلمتهم على إطلاق عدم الرجوع والمرق وير ظاهره قاله شيخنا ثمرة ل و يظهر أن مسألة الوديعة من غير قضاء الدين عن الدين لأن النقطة دين على الابن المودع وقد يتبرع المودع بالدين إلى الأبيور وقضاء الدين من المودع من مال نفسه . اهـ بالصالح اهـ .

ويقع الاشتباه في بواب ومزملاني قاله في البحر :

قلت : ولا تردد في تقديم بواب ومزملاني وخادم مطهرة انتهى .

قلت : إنما يكون المدرس من الشعائر لو مدرس المدرسة كما مر ، أما مدرس الجامع فلا لأنه لا يتعطل لغيبه بخلاف المدرسة حيث تقفل أصلاً وهل يأخذ أيام البطالة كميدور مضان لم أره ويذهب لحاقه ببطالة القاضي . واختلفوا فيها والأصح أنه يأخذ ، لأنها للاستراحة أشباه من قاعدة العادة محكمة ،

قلت : ويؤيده ما في القاموس الإشادة رفع الصوت بالشئ وتعريف الضالة والإهلال والشيادة الدعاء بالأل وذلک الطيب بالجند اه (قوله ومزملاني) هو الشاوي يعرف أهل الشام در متقى وقيل : هو في عرف أهل مصر مع ينقل الماء من الصبريح إلى الجرار . وفي القاموس مزلة كمعظمة التي يبرد فيها الماء (قوله قاله في البحر) أي قال مامر من قوله الشعائر إلى هنا (قوله قلت ولا تردد) رد على قول البحر ويقع الاشتباه الخ (قوله انتهى) أي كلام الشرنبلاني في شرح الوهبانية (قوله او مدرس المدرسة) ولا يكون مدرسو من الشعائر إلا إذا لازم التدريس على حكم الشرط ، أما مدرسو زماننا فلا أشباه ولو أنكر الناظر ملازمة المدرس فالقول للمدرس بيمينه وكذا لورثته لقيامهم مقامه ، وكذا كل ذي وظيفة ونعامه في حاشية الرمل عند قول البحر السادسة .

مطلب فيمن لم يدرس لعدم وجود الطلبة

وفي الحموى مثل المصنف عن لم يدرس لعدم وجود الطلبة ، فهل يستحق المعلوم ؟ أجاب : إن فرغ نفسه للتدريس بأن حضر المدرسة المعنية لتدريسه استحق المعلوم ، لا مكان التدريس لغير الطلبة المشروطين قال في شرح المنظومة : المقصود من المدرس يقوم بغير الطلبة بخلاف الطالب ، فإن المقصود لا يقوم بغيره وسيأتي قبيل القروع أنه لو درس في غيرها لتعذر فيها يفيضي أن يستحق العلوقة ، وفي فتاوى الخاتوني يستحق المعلوم عند قيام المانع من العمل ولم يكن بتقصيره سواء كان ناظراً أو غيره كالجابي .

مطلب في استحقاق القاضي والمدرس الوظيفة في يوم البطالة

(قوله ويذهب لحاقه ببطالة القاضي الخ) قال في الأشباه وقد اختلفوا في أخذ القاضي مارتب له في بيت المال في يوم بطالته ، فقال في المحيط : إنه يأخذ لأنه يستريح لليوم الثاني وقيل لا اه ، وفي المنية القاضي يستحق الكفاية من بيت المال في يوم البطالة في الأصح ، وفي الوهبانية أنه أظهر فيفيضي أن يكون كذلك في المدرس ، لأن يوم البطالة للاستراحة ، وفي الحقيقة تكون للمطالعة والتحرير عند ذوي المهمة ، ولكن تعارف الفقهاء في زماننا ببطالة طويلة أدت إلى أن صار الغالب البطالة وأيام التدريس قليلة اه ورده البيرى بما في الفقيه إن كان الواقف قدر للمدرس لكل يوم مبلغاً فلم يدرس يوم الجمعة أو الثلاثاء لا يحمل له أن يأخذ ويصرف أجر هذين اليومين إلى مصارف المدرسة من الرمة وغيرها بخلاف ما إذا لم يقدر لكل يوم مبلغاً ، فإنه يحمل له الأخذ وإن لم يدرس فيهما للعرف ، بخلاف غيرهما من أيام الأسبوع حيث لا يحمل له الأخذ الأكبر عن يوم لم يدرس فيه مطلقاً سواء قدر له أجر كل يوم أو لا اه ط قلت : هذا ظاهر فبإذا قدر لكل يوم درس فيه مبلغاً أما لو قال يعطى المدرس كل يوم كذا فيفيضي أن يعطى ليوم البطالة المتعارفة بقرينة ما ذكره في مقابلة من البناء على العرف ، فحيث كانت البطالة معروفة في يوم الثلاثاء والجمعة وفي رمضان والعيدین يحمل الأخذ ، وكذا لو بطل في يوم غير معتمد لتحرير درس إلا إذا نص الواقف على تفيد الدفع باليوم الذي يدرس فيه كما قلنا . وفي الفصل الثامن عشر من التتارخانية قال الفقيه أبو الليث

وسيجيء مالو غاب فليحفظ (ولو) كان الموقوف (دارا فعمارتہ علی من له السکنی) ولو متعددان من ماله لامن الغلة إذ الغرم بالغنم دور (ولم يزد في الأصح) یعنی إنما تجب العارة عليه بقدر الصفة التي وقفها الواقف (ولو أتی) من له السکنی (أو عجز) لفقره (عمر الحاكم) أي أجراها الحاكم منه أو من غيره وعمرها (بأجرها) كعمارة لواقف ولم يزد في الأصح إلا برضا من له السکنی زيلعي : ولا يجبر الآتي على العارة ولا تنصح لإجارة من له السکنی

ومن يأخذ الأجر من طلبة العلم في يوم لادرس فيه أرجو أن يكون جائزا وفي الخواص إذا كان مشغلا بالكتابة والتدريس اه (قوله وسيجيء) أي عن نظم الوهبانية بعد قوله مات المؤذن والإمام (قوله على من له السکنی) أي على من يستحقها، ومفاده أنه لو كان بعض المستحقين غير ساكن فيها يلزمه التعديل مع الساكنين ، لأن تركه لحقه لا يقطع حق الوقف فيعمر معهم وإلا تؤجر حصته كما يأتي (قوله من ماله) فإذا رُم حيطانها بالأجر ، أو أدخل فيها جذعا ثم مات ولا يمكن زرع ذلك فليس للورثة زرع ، بل يقال لمن له السکنی بعده ضمن أورثته قيمة البناء ، فإن أبي أوجرت الدار وصرفت الغلة إليهم بقدر قيمة البناء ، ثم أعيدت السکنی إلى من له السکنی وليس له أن يرضى بالهدم والقلع ، وإن كان مرام الأول مثل تجصيص الحيطان ، وتطين السطوح وشبه ذلك لم يرجع الورثة بشيء يجر عن الظهيرة أي لأن ما لا يمكن أخذه عنه ، فهو في حكم المالك بخلاف الأجر والجذع ولو بني الأول ما يمكن رفعه بلا ضرر أمر الورثة برفعه وليس للثاني تملكه بلا رضاهم كما في الإسعاف ، وفي البحر عن الثنية لو بني واحد من الموقوف عليهم بعض الدار وطبن البعض وجصص البعض وبسط فيه الآخر فطلب الآخر حصته ليسكن فيها فتمه حتى يدفع حصته ما أنفق ليس له ذلك والطين والجص صارا تعا للوقف وله نقض الأجر إن لم يضر .

مطلب في عمارة من له السکنی

(قوله لامي الغلة) لأن من له السکنی لا يملك الاستغلال بلا خلاف . واختاف في عكسه والراجح الجواز كما حرره الشرنبلالی في رسالة ويأتي تمامه قريبا (قوله إذ الغرم بالغنم) أي المضرة بمقابلة المنفعة (قوله بقدر الصفة التي وقفها الواقف) هذا موافق لما قدمناه عن الهداية عند قوله : يبدأ من غلته بعمارته ، والظاهر أن المراد منه منع الزيادة بلا رضاه كما يفيد تمام عبارة الهداية وكذا ما يأتي عن الزيلعي ، فلا يأتي ما في الإسعاف من أنه يقال له رمها مرمة لاغنى عنها ، وهي ما يمنع من خرابها ولا يلزمه أزيد من ذلك اه ، فلا يلزمه إعادة البياض والحمرة ولا إعادة مثل ما خرب في الحسن والنفاضة هذا مظهر في . (قوله ولو أتی من له السکنی) أي كلهم أو بعضهم فيؤجر حصته الآتي ثم يردّها إليه كما في القهستاني والدر المنثور والإسعاف (قوله عمر الحاكم) أي أو المتولى قهستاني قال في البحر : ولو قالوا عمرها المتولى أو القاضي لكان أولى (قوله كعمارة الواقف) أي به مع علمه مما تقدم للاستثناء ط (قوله ولم يزد في الأصح) يشير إلى أن فيه خلافا لكن هذا ذكره الزيلعي في الموقوف على الفقراء وقدمناه أيضا عن الهداية وكلامنا الآن في الموقوف على معين أي كثرية الواقف ونحوهم بمن عین لهم السکنی وظاهر كلامهم أنه لا خلاف في عدم الزيادة فيه .

مطلب فيما لو أجر من له السکنی

(قوله ولا تنصح لإجارة من له السکنی) أي إذا لم يكن متوليا ولو زادت على قدر حاجته ولا مستحق غيره كما قدمناه عند قوله : ولا يقسم وقدمنا هناك ما لوضاقت على المستحقين ، وكذا لا تنصح لإجارة من له الغلة كما

بل المتولی أو القاضی (ثم ردها) بعد التعمیر (إلى من له السکنی) رعاية للحقیقین فلا عمارة علی من له الاستغلال لأنه لا سکنی له

فی البحر وسیاتی فی قول المصنف : والموقوف علیہ الغلة لا یملك الإجارة . بقى لو أجرة ولم تصح ببنی أن تكون للوقف بحر ، لكن قال الحانوتی إنه غاصب وصرحوا بأن الأجرة للغاصب اه .
قست : هذا مبنى علی مذهب المتقدمین والمحقق به ضمان منافع الوقف كما سیأتی فیقول قوله یفقی بالضمأن فی غصب عفار الوقف فإذا كانت الغلة أو السکنی له وحده یبنی أن تكون الأجرة له وإلا فلكل تأمل .

مطلب لا یملك القاضی التصرف فی الوقف مع وجود ناظر ولو من قبله

(قوله بل المتولی أو القاضی) ظاهره أن للقاضی الإجارة ولو أبی المتولی ، إلا أن یكون المراد التوزیع والقاضی یؤجرها إن لم یکن لها متول أو كان وأبى الأصلح وأما مع حضور المتولی فلیس للقاضی ذلك بحر . وفي الأشباه فی قاعدة الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة بعد أن ذکر فروعا وعلى هذا لا یملك القاضی التصرف فی الوقف مع وجود ناظر ولو من قبله اه . قال الرملی : وسیأتی أن ولاية القاضی متأخرة عن الشروط له ووصیه نبيه اه ومعناه أنه لیس له الإيجار مع حضور المتولی ، وأیده الرملی فی محل آخر واستند له بالقاعدة المارة لکمه نقل بعده عن أوقاف هلال أن القاضی إذا أجرة دار الوقف أو وکیله بأمره جاز قال وظاهره إطلاق الجواز مع وجود المتولی ووجهه ظاهر اه لكن فی فتاوی الحانوتی أن تنصیصهم علی أن لقاضی محجور عن التصرف فی مال الیتیم عند وصی المیت ، أو القاضی یقتضی بالقیاس علیه أنه هنا كذلك فلا یؤجر إلا إذا لم یکن متول أو كان وامتنع اه وعليه یحمل كلام هلال .

(تنبيه) لم یذكر الشارحون حکم العمارة من المتولی أو القاضی ، وفي المحيط أنها لصاحب السکنی لأن الأجرة بدل المنفعة وهی کالت له فکذا یبدلها والقیم إنما أجرة لأجله اه ومقتضاه أنه لو مات تكون میراثا كما لو عمرها بنفسه بحر (قوله رعاية للحقیقین) حق الوقف وحق صاحب السکنی ، لأنه لو لم یعمرها نفوت السکنی أصلا بحر (قوله فلا عمارة علی من له الاستغلال الخ) مفهوم قول المتن لعمارته علی من له السکنی وهذا معلوم أيضا من قوله یبدأ من غلة الوقف بعمارته وعطف علیه قوله ولو دارا الخ .

مطلب من له السکنی لا یملك الاستغلال واختلاف فی عکسه

(قوله لأنه لا سکنی له) قال فی البحر وظاهر كلام المصنف وغيره أن من له الاستغلال لا یملك السکنی ، ومن له السکنی لا یملك الاستغلال كما صرح به فی البزازیة والفتح أيضا بقوله : ولیس للموقوف علیهم الدار سکناها بل الاستغلال كما لیس للموقوف علیهم السکنی بل الاستغلال اه وما فی الظاهرية : من أن العمارة علی من یستحق الغلة محمول علی أن العمارة فی غلتها ولما كانت غلتها له صار كان العمارة علیه اه .
قلت : ویؤیده أن الاختلاف سوى بین المسألتین ، لکنه فرق بیننا فی محل آخر بأن من له الاستغلال له السکنی لأن سکناها کسکنی غیره بخلاف العکس لأنه یوجب فیها حقا لغيره ، ومن له الاستغلال إذا سکن لا یوجب حقا لغيره وادعی الشرنبلالی فی رسالة أن الراجع هذا كما قدمته قریبا ونماه فی حلقته علی البحر .

فلو سكن هل تنزله الأجرة ؟ الظاهر لا لعدم الفائدة إلا إذا احتيج للعمارة ، فبأخذها المتولى ليعمر بها ولو هو المتولى ينبغي أن يجبره القاضي على عمارته مما عليه من الأجرة فإن لم يفعل نصب متوليا ليعمرها ، ولو شرط الواقف غلتها له ومؤنتها عليه صما ، وهل يجبر على عمارتها ؟ الظاهر : لا نهى وفي الفتح : لو لم يجد القاضي من يستأجرها

مطلب وقف الدار عند الإطلاق يحمل على الاستغلال لا على السكنى

[تنبيه] يفهم من كلام الفتح المذكور أن الواقف إذا أطلق ولم يقيد بكونها للسكنى ، أو للاستغلال أمها تكون للاستغلال ، وفي الفتاوى الخيرية المصرح بها في كتبنا أن الواقف إذا أطلق الوقف فهو على الاستغلال لا السكنى قال في النظم الوهابي :

ومن وقت دار عليه فاله سوى الأجر والسكنى بها لا تنقرر^(۱)

ثم ذكر عبارة شرحه لابن الشحنة ، وأن المسألة من التجنيس وفتاوى الخاص ، وذكر في الخبرية في محل آخر :

مطلب من له الاستغلال لا يملك السكنى وبالعكس

والحاصل : أن الواقف إذا أطلق أو عين الاستغلال كان للاستغلال ، وإن قيد بالسكنى تقيد بها ، وإن صرح بهما كان لهما جريان على كون شرط الواقف كنس الشارع ، وهذا كما ترى خلاف ما رجحه الشرح والى وسيدكر الشارح القولين عند قول المصنف والموقوف عليه الغلة لا يملك الإجارة (قوله فلو سكن) أى من له الغلة على القول بأنه لا سكنى له (قوله لعدم الفائدة) لأنها إذا أخذت منه دفعت إليه ، حيث لم يكن له شريك في الغلة كما في البحر (قوله ولو هو المتولى) أى لو كان الساكن في دار الغلة هو المتولى (قوله ينبغي الخ) البحث لصاحب النهر (قوله نصب متوليا ليعمرها) الظاهر أنه لاحاجة لنصب متول لها من أنه لو أقي من له السكنى ، أو عجز عمر الحاكم إلا أن يراد أنه ينصب متوليا مطلقا لا لخصوص التعمير لظهور خيانة الأول بما فعل فليتأمل (قوله ولو شرط الواقف غلتها له) أى للموقوف عليه الدار (قوله صما) أى الوقف والشرط المذكور ، لكن أصل العبارة في التارخانية فالوقف جائز مع هذا الشرط اهـ . وهذا يحتمل أن يكون المراد جواز الوقف مقترنا بهذا الشرط ولا يلزم منه صحة هذا الشرط تأمل (قوله الظاهر لا) هذا خلاف ما استظهره في البحر حيث قال : وظاهره أنه يجبر على عمارتها ، وقياسه أن الموقوف عليه السكنى كذلك اهـ . واستوضح في النهر لما استظهره بقول الهداية فيما مر ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله ، فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه منه رضا ببطان حقه لأنه في حيز التردد اهـ قال في النهر : وأنت خبير بأن هذا باطلا فاشمل مالهو شرط عليه الواقف المرمية ، لأنها حيث كانت عليه كان في إجباره إتلاف ماله اهـ . واعترض بأن الجبر فائدة صحة الشرط وإلا فلا ثمرة له :

قلت : علمت أن صحة الشرط غير صريحة في عبارة التارخانية وتعليل الهداية شامل للشرط وغيره ، فهو دليل على عدم صحته فافهم ، على أن هذا الشرط لا ثمرة له لأن الغلة حيث كانت للموقوف عليه ، فلا فرق بين

(۱) قوله (لا تنقرر) هكذا بخطه ولعله لا تنقرر بناء واحدة ليصح الفوز ولهمرد اهـ مصححه .

لم أره وخطر لي أنه يخبره بين أن يعمرها أو يردها لورثة الواقف : قلت : فلو هو الوارث لم أره. وفي فتاوى قارى' الهداية ما يفيد استبداله أو رد ثمنه للورثة أو للفقراء (وصرف)

تعميره منها أو من غيرها ، فإذا امتنع عن العمارة من ماله يؤجرها المتولى ويعمرها من غلبها لأنها موقوفة للغة ولو كان هو المتولى وامتنع من عمارتها ينصب غيره ليعمرها أو يعمرها الحاكم كما مر : نعم قد تظهر الفثرة فيها إذا كانت غلبها لأنني بعمارها ، فإن قلنا بصحة الشرط لزمه أن يعمرها من ماله وهو بعيد لما علمته من كلام الهداية ولأن كلام الواقف لا يصلح لمزما له بتعميرها إذا لا ولاية له على المستحق (قوله لم أره) قال في الفتح بعد هذا والحال فيها يؤدي إلى أن تصير نقضا على الأرض كرماد تسفوه الرياح اه أى لو زكت بلا عارة تصير هكذا (قوله أو يردها لورثة الواقف) قال في البحر : وهو عجيب لأنهم صرحوا باستبدال الوقف إذا خرب وصار لا ينتفع به وهو شامل للأرض والدار ، قال في اللخيرة وفي المتن قال هشام : سمعت محمدا يقول الوقف إذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضى أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره وليس ذلك إلا للقاضى اه. وأما عود الوقف بعد خرابه إلى ملك الواقف أو ورثته فقد قلنا ضعفه .

فالحاصل : أن الموقوف عليه السكنى إذا امتنع من العمارة ولم يوجد ، ستأجر باعها القاضى واشترى بثمنها ما يكون وقفا ، لكن ظاهر كلام المشايخ أن محل الاستبدال عند التعذر إنما هو الأرض لا البيت وقد حققناه في رسالة الاستبدال اه كلام البحر واعترضه الرمل بأن كلام المتن المذكور شامل للأرض والبيت فالفرق بينهما غير صحيح (قوله فلو هو الوارث لم أره) قبل هذا عجيب من الشارح بعد ما رأى كلام البحر خصوصا ، وقد أقره في النهر من أن الحكم هو الاستبدال فقط ، وهو لا يختلف بالوارث وغيره وبه ظهر ضعف ما في فتاوى قارى' الهداية اه .

قلت : بل هو عجيب من المعترض بعد قول البحر ، لكن ظاهر كلام المشايخ الخ . نعم رد عليه ما قاله الرمل وكذا ما قدمنا عن الفتح عند قوله وعاد إلى الملك عند محمد من أن دار الفلة إذا خربت إنما يعود إلى الملك عنده نقضا دون ساحتها لأن ساحتها يمكن استغلالها ولو بشيء قليل بخلاف غير المعد للغة كرباط أو حوض خرب فهذا يعود إلى الملك كله عند محمد .

مطلب في الوقف إذا خرب ولم يمكن عمارته

(قوله وفي فتاوى قارى' الهداية الخ) حيث قال ستل عن وقف انهدم ولم يكن له شيء يعمر منه ، ولا يمكن لإجارته ولا تعميره ، هل تباع أنقاضه من حجر وطوب وخشب ؟ أجاب : إذا كان الأمر كذلك ضح بيمينه بأمر الحاكم ، ويشتري بثمنه وقف مكانه فإذا لم يمكن رده إلى ورثة الواقف إن وجدوا ولا يصرف للفقراء اه : قلت : الظاهر أن البيع مبنى على قول أبي يوسف والرد إلى الورثة أو إلى الفقراء على قول محمد ، وهو جمع حسن حاصله أنه يعمل بقول أبي يوسف ، حيث أمكن ، وإلا فبقول محمد تأمل .

[تلمة] قال في الدر المنثور في كلام المصنف إشارة إلى أن الخان لو احتاج إلى المزمة آجر بيتا أو بيتين وأنفق عليه ، وفي رواية يؤذن للناس بالزول سنة ، ويؤجر سنة أخرى ويرم من أجرته وقال الناطق القباس في المسجد أن يجوز إجاره سطحه لمزمته محيط ، وفي البرجندى والظاهر أن حكم عارة أوقاف المسجد والمحوض والبحر وأمثاله حكم لوقف على الفقراء اه :

الحاکم أو المتولی حاوی (نقصه) أو ثمنه إن تعذر إعادة عینه (إلى عمارته إن احتاج وإلا حفظه لاحتاج) إلا إذا خاف ضیاعه فبیعه وبمسک ثمنه لاحتاج حاوی (ولا یقسم) النقص أو ثمنه (بین مستحق الوقف) لأن حقهم فی المنافع لالین (جعل شیء) أى جعل البانی شیئا (من الطریق مسجدا) لضیقه ولم یضر بالمأرین (جاز) لأنها للمسلمین

(قوله نقصه) بتثلیت التون علی ما ذكره البرجندی أى المنقوض من خشب وحجر وآجر وغیرها شرح الملتقى (قوله إن احتاج) بأن أحضرت المؤن (۱) أو كان المهدم لقلته لا یجخل بالانتفاع، فبؤخره للاحتیاج وإلا فبالانهدام تتحقق الحاجة، فلا معنى للشرط حیث أنه علیه فی الفتح وأغمله فی البحر (قوله لاحتاج) الأولى للاحتیاج كما عبر فی الكنز (قوله فبیعه) فعلی هذا بیاع النقص فی موضعین: عند تعذر عوده وعند خوف هلاکة حجر، وزاد ما فی الفتح حیث قال: واعلم أن عدم جواز بیعه إلا إذا تعذر الانتفاع به إما هو فیما إذا ورد علیه وقف الواقف أما إذا اشتراه المتولی من مسغلات الوقف فإنه یجوز بیعه بلا هذا الشرط لأن فی صیورته وقفا خلافا واختار أنه لا یكون وقفا فللقیم أن یبیعه منی شاء لمصلحة عرضت له. وستأتی المسألة فی الفصل الآتی متنا (قوله لا العین) لأنها حق المالك أو حق الله تعالى علی الخلاف ومنه یؤخذ عدم جواز قسمة حصر المسجد العتیقة بین المستحقین، وكذا ما بقى من شیء رمضان وزیته للإمام، والوقادین حوی إلا إذا كان العرف فی ذلك الموضع أن الإمام أو المؤذن يأخذه ولا صریح إذن الدافع، فله ذلك كما فی البحر عن القنیة ط.

قلت: وشجر الوقف لیس له حکم العین لما فی البحر عن الفتح سأل أبو القاسم الصفار عن شجرة وقف بیس بعضها وبقی بعضها قال ما بیس منها فسیله سبیل غلتها (۲) وما بقى متروک علی حافها وی البرازة عن الفضلی إن لم تكن مشجرة یجوز بیعها قبل القلع لأنه غلتها والمثمرة لا یتباع إلا بعد القلع کبناء الوقف اه. وفى جامع الفصولین غصب وقفا فنقص فما یؤخذ بنقصه یمصرف إلى مرته لا إلى أهل الوقف لأنه بدل الرقبة وحقهم فی الغلة لا فی الرقبة اه (قوله جعل شیء) بالبناء للمفعول وشیء نائب فاعل والأصل ما فسر به الشارح وكان المناسب ذکر هذه المسائل فیما مر من الکلام علی المسجد (قوله أى جعل البانی) ظاهره أن أهل المحلة لیس لهم ذکر ذلك ومسند ذکر ما یخالفه.

مطلب فی جعل شیء من المسجد طریقا

(قوله من الطریق) أطلق فی الطریق فم (۳) الذفد وغیره وفى عباراتهم ما یؤیده ط وتماه فی (قوله لضیقه ولم یضر بالمأرین) أفاد أن الجواز مقید بهذین الشرطین ط (قوله جاز) ظاهره أنه یمیر له حکم المسجد وقد قال فی جامع الفصولین: المسجد الذى یتخذ من جانب الطریق لا یتكون له حکم المسجد بل هو طریق بدلیل أنه لو رفع حوائطه عاد طریقا كما كان قبله اه شرتبلا لیه.

قلت: الظاهر أن هذا فی مسجد جعل کله من الطریق، والکلام فیما أدخل من الطریق فی المسجد، وهذا

- (۱) (قوله بأن أحضرت المؤن الخ) هذه صورة عدم الاحتیاج لاصورة الاحتیاج كما صنع المحقق تأمل اه.
- (۲) (قوله فسیله سبیل غلتها الخ) نقل شیخنا من وقف حلال من باب وقف لدار أو الأرض علی مبین أن ما بیس من الشجر الحصر حکم النقص، ثم قال وبمسک کلام الصفار علی شجرة غیر مشجرة لأنها تزرج للعة ابتداء بخلاف المثمرة فإنه یقتضی الاستقلال بشجرها فلا تخالفه بین کلام حلال والصفار اه ویوافق ما هنا ما نقله البرازى من الأصل.
- (۳) (قوله أطلق فی الطریق فم الخ) لكن التعلیل بقوله لأنها للمسلمین یخص النافذة فإن المراد به لیسوا للمسلمین وغیر الثانی لیس كذلك بل هو لأناس محصورین فیکون حکم الأرض المسلوكة ههنا مسجد فیسق ویأتى حکمها اه.

(کعبه) ای کجواز عکسہ وهو ما إذا جعل فی المسجد ممر لتعارف أهل الأمصار فی الجوامع وجاز لكل أحد أن يمر فیہ حتی الکافر إلا الجنب والخنفس والدواب زبلی (کما جاز جعل) الإمام (الطریق مسجدا لعکسہ)

لا مانع من أخذه حکم المسجد حیث جعل منه کمسجد مکة والمدینة وقد مر قبیل الوتر والنوافل فی بحث أحكام المسجد أ ما الحق بمسجد المدینة ملحق به فی الفضيلة نعم تحری الأول أولى اه فافهم (قوله کعبه) فیہ خلاف کما یأتی تحریره وهذا عند الاحتیاج کما قبله فی الفتح فافهم (قوله لتعارف أهل الأمصار فی الجوامع) لا نعم دلت فی جوامعنا . نعم تعارف الناس المرور فی مسجد له بابان ، وقد قال فی البحر وکذا یکره أن یتخذ المسجد طریقا ، وأن یدخله بلا طهارة اه . نعم یوجد فی أطراف صحن الجوامع زواقات مستقوفة للدشی فیها وقت المطر ونحوه لأجل الصلاة أو للخروج من الجامع لا المرور المارین مطلقا کالطریق العام ، ولعل هذا هو المراد فمن کان له حاجة إلى المرور فی المسجد يمر فی ذلك الموضع فقط لیکون بعيدا عن المصلین ، ولیکون أعظم حرمة لخل الصلاة فتأمل (قوله حتی الکافر) اعترض بأن الکافر لا یمنع من دخول المسجد حتی المسجد الحرام ، فلا وجد لجعله غاية هنا .

قلت : فی البحر عن الخاوی : ولا بأس أن یدخل الکافر وأهل الذمة المسجد الحرام وبيت المقدس وسائر المساجد وغیرها من المهمات اه ومفهومه أن فی دخوله لغیر مهمة بأسا وبه یتجه ما هنا فافهم (قوله کعبه) قال فی الشرع لایة فیہ نوع استدراک بما تقدم ، إلا أن یقال ذاک فی اتخاذ بعض الطرق مسجدا ، وهذا فی اتخاذ جمیعها ولا بد من تقييده بما إذا لم یضر کما تقدم ولا شک أن الضرر ظاهر فی اتخاذ جمیع الطرق مسجدا الإبطاء حق العامة من المرور المعتاد لواجب وغیرها فلا یقال به إلا بالتأویل بأن یراد بعض الطرق لاکله فلیتأمل اه وأجیب بأن صورته ما إذا کان المقصد طریقان ، واحتیاج العامة إلى مسجد ، فإنه یجوز جعل أحدهم مسجدا ولیس فیہ إبطال حقهم بالکلیة (قوله لعکسہ) یعنی لا یجوز أن یتخذ المسجد طریقا فیہ نوع مدافعة لما تقدم إلا بالنظر للبعض والکل شرع لایة .

قلت : إن المصنف قد تابع صاحب الدور مع أنه فی جامع الفصولین نقل أولا جعل شیئا من المسجد طریقا ومن الطريق مسجدا جاز ثم رمز لکتاب آخر ، لو جعل الطريق مسجدا یجوز لأجعل المسجد طریقا لأنه لا یجوز الصلاة فی الطريق فجاز جعله مسجدا ، ولا یجوز المرور فی المسجد فلم یجز جعله طریقا اه ولا یغنی أن المتبادر أنهما قولان فی جعل المسجد طریقا بقرينة التعلیل المذكور ، وبؤیده ما فی التارخانیة عن فتاوی أبي الیث ، وإن أراد أهل المحلة أن یجعلوا شیئا من المسجد طریقا للمسلمین فقد قبل لیس لهم ذاک وأنه صحیح ، ثم نقل عن العنایة عن خواهر زاده إذا کان الطريق ضیقا والمسجد واسعا لیمتاجون إلى بعضه یمجوز الزیادة فی الطريق من المسجد لأن کلها للعامة اه والمأثور علی الثاني ، فکان هو المعتمد لکن کلام المتون فی جعل شیء منه طریقا ، وأما جعل کل المسجد طریقا فالظاهر أنه لا یجوز قول واحد نعم فی التارخانیة سئل أبو القاسم عن أهل مسجد أراد بعضهم أن یجعلوا المسجد رحبة والرحبة مسجدا أو یتخذوا له بابا أو یحولوا بابہ عن موضعه ، وأبی البعض ذلک قال إذا اجتمع أكثرهم وأفضلهم لیس للأقل منهم اه .

قلت : ورحبة المسجد ساحته ، فهذا إن کان المراد به جعل بعضه رحبة فلا إشکال فیہ وإن کان المراد جعل کله فلیس فیہ إبطاله من کل جهة لأن المراد تحویله لجعل الرحبة مسجدا بدله بخلاف جعله طریقا تأمل ، ثم ظاهر ما قلناه أن تقييد الشارح أولا بالبابی ، وثالیا بالإمام غیر قهید نعم فی التارخانیة ، وعن محمد فی مسجد ضاق بأهله

لجواز الصلاة في الطريق لا المرور في المسجد (تؤخذ أرض) ودار وحائوت (بجنب مسجد صاق على الباس بالقيمة كرها) درر ومعدية (جعل) الواقف (الولاية لنفسه جاز) بالإجماع ، وكذا لو لم يشترط لأحد فالولاية له عند الثاني . وهو ظاهر المذهب نهر ، خلافا لما نقله المصنف . ثم لوصيه إن كان ولا فحكم فتاوى

لأبأس بأن يلحق به من طريق العامة إذا كان واسعا وقبل يجب أن يكون بأمر القاضي وقبل إذا يجوز إذا فتحت البلدة عنوة لا لو صلحا (قوله لجواز الصلاة في الطريق) فيه أن الصلاة في الطريق مكروهة كالمروور في المسجد فالصواب لعدم جواز (١) الصلاة في الطريق كما قدمناه عن جامع الفصولين يعني أن فيه ضرورة وهي أنهم لو أرادوا الصلاة في الطريق لم يجوز فكان في جعله مسجدا ضرورة ، بخلاف جعل المسجد ضربة لأن المسجد لا يخرج عن المسحابة أبدا فلم يجوز لأنه يلزم المرور في المسجد ، ولا ينبغي أن المتبادر من هذا كون المراء مرور أي مار ولو غير محب ، وهذا يؤيد أن هذا قول آخر ، وقد علمت ترجيح خلافة وهو حواز جعل شيء منه مسجدا ونسقط حرمة مرور فيه للضرورة لكن لا تسقط عنه جميع أحكام المسجد ، فكذا لم يجوز المرور فيه لجنب ونحوه كما مر فافهم (قوله لا يجوز) من في الفتع : ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقف عليه أو حاوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه أه ردي بحر عن الخانية بأمر القاضي وتقييده بقوله : وقف عليه أي على المسجد بفيدائها لو كانت وقفاً على غيره لم يجوز لكن حواز أخذ المملوكة كرها يقيد الجوار بالأولى ، لأن المسجد لله تعالى . والوقف كذلك ولا ترك المصنف في شرحه هذا القيد وكذا في جامع الفصولين فأصل (قوله بالقيمة كرها) لما روى عن الصحابة رضى الله تعالى عنهم - صاق مسجد الحرام أخذوا أرضين بكرة من أصحابها بالقيمة وزادوا في المسجد الحرام بحر عن الرباعي قال في نور عين ولعل الأخذ كرها ليس في كل مسجد ضاق ، بل الظاهر أن يختص بما لم يكن في البلد مسجد آخر إذ أوكاف فيه مسجدا آخر يمكن دفع الضرورة بالذهب إليه نعم فيه حرج لكن الأخذ كرها أشد حرجا منه ويؤيد ما ذكرناه من هذه إذ لا مسجد في مكة سوى المسجد الحرام اه .

مطلب في اشتراط الواقف الولاية لنفسه

(قوله جاز الإجماع) كذا ذكره الزيلعي وقال : لأن شرط الواقف معتبر به إجماعا لكن الذي في المندوبى أنه يجوز على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وفي الهداية أنه ظاهر الرواية وقد ورد العلامة فاسم على الربيعي دعواه الإجماع بأن المنقول أن اشتراطها يفسد الوقف عند محمد كما في الذخيرة ونازعه في النهر وأصل وأصل وحاصل : ما ذكره أن فيه اختلاف الرواية عن محمد ، واختلاف المشايخ في تأويل ما نقل عنه وإن هلالا أدرك بعض أصحاب أبي حنيفة لأنه مات سنة خمس وأربعين ومائتين ولفظ المشايخ يقال على من دونه اه .

مطلب في ترجمة هلال الراثي البصري

وفي الفتع هلال الراثي هو هلال بن يحيى بن مسلم البصري نسب إلى الرأي لأنه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد البصري ، ويوسف هذا من أصحاب أبي حنيفة ، وقبل : إن هلالا أخذ العلم عن أبي يوسف وزفر ووقع في البسوط والذخيرة وغيرهما الرازي وفي المغرب هو تحريف لأنه مع البصرة لامن الرأي والرازي نسبة إلى الرأي وهكذا في صحيح مسند أبي حنيفة وغيره اه (قوله خلافا لما نقله المصنف) أي عن السراحية

(١) (قوله فالصواب لعدم جواز الخ) رأيت بخط شيخنا على هامش نسخة مائنه فيه أن المراد بالطريق الذي حذر الصلاة فيه الطريق الذي جعل مسجدا ومثل هذا يقال في قوله لا المرور في المسجد اه .

ابن نجيم وقارہی، المدایہ، وسیحی، (وینزع) وجوباً برزاقیہ (لو) الواقف درغیرہ بالاولی (غیر مأمون) أو عاجزا
أو ظهر به فسق کشر بخمر ونحوه فتح ،

من أنه لا یصح هذا الوقف عند محمد وبه یفتی (قوله وسیحی) أي فی الفصل الآتی وهو قول المتن ولایة نصب
القیم إلى الواقف ثم لوصیه ثم للقاضی .

مطلب یأثم بتولية الخائن

(قوله ویزع وجوباً) مقتضاه إثم القاضی بتركه والإثم بتولية الخائن ولاشك فیہ بحر . لكن ذكر فی البحر
أیضاً عن الخصاف أن له عزله أو إدخال غیره معه . وقد یحایب بأن المقصود رفع ضرره عن الوقف فإذا ارتفع
بضم آخر إلیه حصل المقصود قال فی البحر : قدمنا أنه لا یعزل القاضی بمجرد الطعن فی أمانته بل بخيانة ظاهرة
ببینة ، وأنه إذا أخرجه وتاب وأناب أعاده ، وأن امتناعه من التعمیر خیانة ، وكذا لو باع الوقف أو بعضه أو
نصرف تصرفاً جائزاً علاناً به اه وقوله : لا یعزل القاضی بمجرد الطعن الخ سیدكره الشارح فی الفروع ویأثم
الكلام قریباً علی حکم عزل القاضی بلا حجة وسبأ فی الفصل قبیل قوله باع داراً حکم عزل الواقف للناظر ؟

مطلب فیما یعزل به الناظر

[تنذیه] إذا كان ناظراً علی أوقاف متعددة وظهرت خیانتہ فی بعضها أفق المفق أبو السعود بأنه یعزل
مع الكل .

قلت : وبشہد قولم فی الشہادة أن الفسق لا یتجزى ، وفی الجواهر القیم إذا لم یراع الوقف یعزل القاضی وفی
خزانة المفتین إذا رجع القیم لنفسه یمخرجه القاضی من یدہ قال البیری : یؤخذ من الأول أن الناظر إذا امتنع من
إعارة الكتب الموقوفة كان للقاضی عزله ، ومن الثاني لو سكن الناظر دار الوقف ولو بأجر المثل له عزله لأنه نص
فی خزانة الأكل أنه لا یمحوله السكنی ولو بأجر المثل اه وفی الفتح أنه ینعزل بالجنون المطبق سنة لأقل ولو بری
عاد إلیه النظر قال فی النہر : والظاهر أن هذا فی المشروط له النظر أما متصوب القاضی فلا وفی البیری أیضاً عن
أوقاف الناصبی الواقف علی قوم ولا یوصل إلیهم مآشر لم ینزع القاضی من یدہ ویولی غیره اه ینعزل المتولی
من قبل الواقف بموت الواقف علی قول أبی یوسف المفتی به لأنه وکیل عنه إلا إذا جعله قفلاً فی حیاته وبعد موته
كما فی البحر (قوله لو الواقف) أي لو كان المتولی هو الواقف (قوله فغیرہ بالاولی) قال فی البحر : واستفید منه
أن للقاضی عزل المتولی الخائن غیر الواقف بالاولی .

مطلب فی شروط المتولی

(قوله غیر مأمون الخ) قال فی الإسماعف : ولا یولی إلا أمين قادر بنفسه أو بنائیه لأن الولاية مقبلة بشرط
النظر وليس من النظر تولیة الخائن لأنه یخل بالمقصود ، وكذا تولیة العاجز لأن المقصود لا یحصل به ، ویستوی
فیہ الذکر والأثنی وكذا الأعمی والبصیر وكذا المحدث فی قذف إذا تاب لأنه أمين وقالوا : من طلب التولیة علی
الوقف لا یعطى له وهو كمن طلب القضاء لا یقلد اه والظاهر : أنها شرائط الأولویة لاشراط الصحة وأن الناظر إذا
فسق استحق العزل ولا ینعزل كالقاضی إذا فسق لا ینعزل علی الصحیح المفتی به .

مطلب في تولية الصبي

ويشترط للصحة بلوغه وعقله لآحريته وإسلامه لما في الإسعاف لو أوصى إلى الصبي بنظر في القياس مضاعفة. وفي الاستحسان هي باطلة مادام صغيرا ، فإذا كبر تكون الولاية له ولو كان عبدا يجوز قياما واستحسانا لأهليته. في ذاته بدليل أن تصرفه الموقوف لحق المولى ينفذ عليه بعد العتق لزوال المانع ، بخلاف الصبي ثم الذي في الحكم كالعبد فلو أخرجهما القاضي ثم عتق العبد وأسلم الذي لا تعود إليهما اه بحر ملخصا ونحوه في المهر .

وفي فتاوى العلامة الشلبي : وأما الإسناد للصغير فلا يصح بحال لاعلى سبيل الاستقلال بالنظر ولا على سبيل المشاركة لغيره لأن النظر على الوقف من باب الولاية والصغير يولى عليه لقصوره فلا يصح أن يولى على غيره اه

وفي أنفع الوسائل عن وقف هلال لوقال : ولا ينهى إلى ولدى وفيهم الصغير والكبير بدخل القاضي مكان الصغير رجلا وإن شاء أقام الكبير مقامه ، ثم نقل عنه مامر عن الإسعاف بهذه القول صريحة بأن نصبي لا يصلاح ماظرا وأما مافي الأشياء في أحكام الصبيان ، من أن الصبي يصلح وصيا وناظرا ويقم القاضي مكانه بانعا إلى بلوغه كقاف منظومة ابن وهبان من الوصايا اه ففيه أنه لم يذكر في المنظومة قوله وناظرا ثم رأيت شارح لأشياء نه على ذلك أيضا ، وأما ما ذكره الشارح في باب الوصي عن المجتبى . من أنه لو فوض ولاية الوقف للصبي صح استحسانا ففيه أن ما ذكره صاحب المجتبى صرح به نفسه في الحاوى بقوله : ولو أوصى إلى صبي في وقفه فهو باطل في القياس ، ولكن استحسن أن تكون الولاية إليه إذا كبر اه ، وهذا هو مامر عن الإسعاف نعم رأيت في أحكام الصفار للاستروشنى عن فتاوى رشيد الدين قال القاضي : إذا فوض التولية إلى صبي يجوز إذا كان أهلا للحفظ وتكون له ولاية التصرف كما أن القاضي يملك الصبي وإن كان الولي لا يأذن اه وعليه فيمكن التوفيق بحال مافي الإسعاف وغيره على غير الأهل للحفظ بأن كان لا يقدر على التصرف ، أما القادر عليه فتكون تويته من القاضي إن كان له في التصرف ، وللقاضي أن يأذن للصغير وإن لم يأذن له وليه .

مطلب فيما شاع في زماننا من تفويض نظر الأوقاف للصغير

وبهذا تعلم أن ماشاع في زماننا من تفويض نظر الأوقاف للصغير لا يعقل وحكم القاضي الجنى بصحة ذلك خطأ محض ولا سيما إذا شرط الواقف تولية النضر للأرشد فالأرشد من أهل الوقف ، فإنه حينئذ إذا وى بانغ عاقل رشيد وكان في أهل الوقف أرشد منه لاتصح توليته لخالفها شرط الواقف ، فكيف إذا كان طفلا لا يعقل ، ثم بالغ رشيد إن هذا هو الضلال البعيد واعتقادهم أن خبر الأب لابنه لا يفيد اه ميه من تغيير حكم الذرع ، ومخالفة شرط الواقف وإعطاء الوظائف من تدريس وإمامة وغيرها إلى غير مستحقها كما أوضحت ذلك في الجهاد في آخر فصل الجزية كيف ولو أوصى الواقف بالتولية لابنه لاتصح مادام صغيرا حتى يكبر فتكون الولاية له كامر . وكذلك اعتقادهم أن الأرشد إذا فوض ، وأسند في مرض ، ومته لمن أراد صح ، لأن مختار الأرشد أرشد فهو باطل لأن الرشيد في أمور الوقف صفة قائمة بالرشيد لا تحصل له بمجرد اختيار غيره له كما لا يصير الجاهل عالما بمجرد اختيار الغير له في وظيفة التدريس ، وكل هذه أمور ناشئة عن الجهل واتباع العادة المخالفة لصريح الحق بمجرد تحكم العقل المختل ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم (قوله أو كان يصرف ماله في الكيمياء) لأنه استفرد من أحوال متعاطيا أنها تستجبره إلى أن يخرج من جميع مافي يده وقد ترتب عليه ديون بهذا السبب فلا يبعد أن يجره

(وإن شرط عدم نزعه) أو أن لا ينزعه قاض ولا سلطان مخالفته لحكم الشرع فيبطل كالوصى فلو أمونا لم تصح تولية غيره أشباه

الحال إن إضاعة مال الوقف ط (قوله وإن شرط عدم نزعه) هي من المسائل السبع التي يخالف فيها شرط الواقف على في الأشياء وستأتي ط (قوله كالوصى) فإنه ينزع وإن شرط الوصى عدم نزعه وإن خان ط .

مطلب في عزل الناظر

(قوله فلو أمونا تصح تولية غيره) قال في شرح الملقني إلى الأشباه لا يجوز للقاضي عزل الناظر لمشرط له الضرر بالحياة . ولو عزله لا يقصر الثاني متوليا ويصبح عزل الناظر بلا خيانة لو منصوب القاضي أي لا الواقف وليس مقاضي ثانی أن يعيده وإن عزله الأول بلا سبب لحمل أمره على السداد إلا أن ثبت أهليته اه وأما الواقف وله عزل الناظر مطلقا به يفتي ولو لم يجعل ناظرا فنصبه القاضي لم يملك الواقف إخراج كذا في فتاوى صاحب التنوير اه ينصرف وينتصب المذکور في عزل الناظر نقله في البحر عن القنية : وذكر المرحوم الشيخ شاهين عن الفصل لأحبر من جامع النصولين إذا كان الوقف متول من جهة الواقف أو من جهة غيره من نقضه لا يملك القاضي سحب متول آخر بلا سبب موجب لذلك وهو ظهور خيانة الأول أو شيء آخر اه . قال : وهذا مقدم على ما في القنية اه أبو السعود قال وكذا الشيخ خير الدين أطلق في عدم صحة عزله بلا خيانة وإن عزله مولانا السلطان فعم إطلاقه ما لو كان منصوب القاضي اه ط :

قلت وذكر في البحر كلاما عن الخاتبة ثم قال عقبه وفيه دليل على أن للقاضي عزل منصوب قاض آخر مبر خيانة إذا رأى المصلحة اه وهذا داخل تحت قول جامع النصولين ، أو شيء آخر كما دخل فيه ما لو عجز أوفسق وفي يبري عن حاوی الخصمیری عن وقف الأنصاری فإن لم يكن من يتولى من جيران الواقف وقرابته إلا برزق ويعمل واحد من غيرهم فلا رزق فذلك إلى القاضي ينظر فيها هو الأصح لأهل الوقف اه .

مطلب لا يصح عزل صاحب وظيفة بلا جنة أو عدم أهلية

[تدب] قال في البحر واستفید من عدم صحة عزل الناظر بلا جنة عدمها لصاحب وظيفة في وقف بغير جنة وعدم أهلية واستدل على ذلك بمسألة غيبة المتعلم ، من أه له تؤخذ حجرته ووظيفته على حالها إذا كانت غيبته ثلاثة أشهر . فهذا مع الغيبة فكيف مع الحضرة والمباشرة وستأتي مسألة الغيبة وحكم الاستقالة في الوظائف قبل قول المصنف ولاية نصف القيم إلى الواقف ، وفي آخر الفن الثالث من الأشباه إذا ولي السلطان مدرسا ليس بأهل لم تصح توليته ، لأن نفعه مقيد بالمصلحة خصوصا إن كان المقرر عن مدرس أهل فإن الأهل لم يتعزل وصرح البرزقي في العلمح ، بأن السلطان إذا أعطى غير المستحق فقد ظلم مرتين بمنع المستحق وإعطاء غير المستحق اه ملخصا .

مطلب في النزول عن الوظائف

وذكر في البحر أيضا أن المتولى لو عزل نفسه عبد القاضي ينصب غيره ولا يتعزل بعزل نفسه حتى يبلغ القاضي ومن عزل نفسه لغرض لا يبره عن وظيفة النظر أو غيرها ثم إن كان المنزول له غير أهل لا يقرره القاضي ولو أهلا

لا يجب عليه تقريره وأفتى العلامة قاسم بأن من فرغ لإنسان عن وظيفته سقط حقه وإن لم يقرر الناظر المنزول له اه
فالقاضي بالأولى (۱) وقد جرى التعارف بمصر الفراغ بالدرهم ولا يخفى ما فيه وينبغي الإبراء العام بعده اه ما في الحر
ملخصا، لكن ينافي هذا ما يأتي في الفصل من أن المتولى إذا أراد إقامة غيره مقامه لا يصح إلا في مرض موته وسبب
تمام الكلام عليه مع الجواب عنه هناك .

مطلب لا بد بعد الفراغ من تقرير القاضي في الوظيفة

وذكر صاحب البحر في بعض رسائله أن أذكره العلامة قاسم لم يستدعيه إلى قصره وأنه جوف في ذلك لا بد
من تقرير القاضي . وسئل في الخبرية عما إذا قرر السلطان رجلا في وظيفة كانت لرجل فرغ لغيره عنه من أوجب
بأنها لمن قرره السلطان للمفروع له إذا فرغ لا يمنع تقريره سواء قلنا بصحته المتنازع فيها أو بعده بما الموافق لمفروع
الفقهية كما حرره العلامة المقدسي ثم رأيت صريح المسألة في شرح سماح الشافعية لابن حجر معلا رأيت مجرد تحرير
سبب ضعيف لا بد من انضمام تقرير الناظر إليه اه ملخصا .

مطلب لو قرر القاضي رجلا ثم قرر السلطان آخر فالمتبر الأول

وأفتى في الخبرية أيضا بأنه لو قرر القاضي رجلا ثم قرر السلطان آخر فالمتبر الأول
ما وكل فيه ثم فعله الموكل .

مطلب الناظر للشروط له التقدير مقدم على القاضي

وأفتى أيضا بأن الناظر المشروط له التقرير لو قرر شخصا فهو المعتبر دون تقرير القاضي أحد من القاعدة
المشهورة : وهي أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة وبه أفتى العلامة قاسم . وأما إذا لم يشترط واقف له
التقرير فالمتبر تقرير القاضي اه :

مطلب للمفروع له الرجوع بمال الفراغ

وأفتى في الخبرية أيضا بأنه لو فرغ عن الوظيفة بمال للمفروع له الرجوع المال لأنه اعتياض عن حق مجرد
وهو لا يجوز صرحوا به قاطبة قال ومن أفتى بخلافه فقد أفتى بخلاف المذهب لسائعه على اعتبار العرف الخاص وهو
خلاف المذهب والمسألة شهيرة وقد وقع فيها للمتأخرين رسائل واتباع الجادة أولى والله أعلم وكتب على ذلك أيضا
كتابة حسنة في أول كتاب الصلح من الخبرية فراجعها وسيأتي تمام الكلام على ذلك في أول كتاب البيوع وحاصله
جواز أخذ المال بلا رجوع .

(۱) قوله (بالقاضي الأول الخ) أي لم يفسد الفراغ أحد . انتهى كتاب في القرض : الأول وهو المراد بالقاضي يتعذر بالفراغ بالأولى

لعدم ظهور تلك الآية اه .

(وجاز جعل غلة الوقف) أو الولاية (لنفسه عند الثاني) وعليه الفتوى (و) جاز (شرط الاستبدال به)

مطلب في اشتراط الغلة لنفسه

(قوله وجاز جعل غلة الوقف لنفسه الخ) أى كلها أو بعضها وعند محمد لا يجوز بناء (۱) على اشتراطه التسليم إلى متول وقيل هي مسألة مبتدأة أى غير مبنية على ذلك وهو أوجه ويفترق على الخلاف ما لو وقف على عبيده وإمائه صح عند أبي يوسف لا عند محمد وأما اشتراط الغلة لمديره وأمائه أولاده ، فالأصح صحة اتفاقا لثبوت حرمتهم بموته ، فهو كالوقف على الأجانب وثبوته لم حال حياته تبع لما بعدها ، وقيد بجعل الغلة لنفسه لأنه لو وقف على نفسه قيل : لا يجوز وعن أبي يوسف : جوازه وهو المعتمد وما في الحاشية من أنه لو وقف على نفسه وعلى فلان صح نصه وهو حصصه فلان وبطل حصصه نفسه ولو قال : ثم على فلان لأصبح شيء منه مبنى على القول الضعيف غير ملخص ، لكنه لم يستد في تضعيفه واعتاد الجواز إلى نقل صريح ، ولعله بناء على عدم الفرق بين جعل الغلة لنفسه والوقف على نفسه إذ ليس المراد من الوقف على شخص سوى صرف الغلة إليه لأن الوقف تصدق بالمنفعة فحينئذ يكون التصحيح المنقول في صحة الأول شاهلا لصحة الثاني ، وهو ظاهر ويؤيده قول الفتح ، ويفترق على الخلاف ما لو وقف على عبيده وإمائه الخ مع أن الخلاف المذكور في جعل الغلة لنفسه .

مطلب في الوقف على نفس الواقف

(قوله أو الولاية) ، فإما أنه فيه خلاف محمد مع أنه قدم أن اشتراط الولاية لنفسه جائز بالإجماع ، لكن لما كان في دعوى الإجماع نزاع كما قدمناه مع التوفيق بأن عن محمد وإيتين إحداهما توافق قول أبي يوسف والأخرى تخالفه فدعوى الإجماع مبنية على الرواية الأولى ، ودعوى الخلاف على الثانية فلا دخل في التقليل فلذا مشى الشارح عليهما في موضعين مشير إلى صحة كل من العبارة فافهم (قوله وعليه الفتوى) كذا قاله الصدر الشهيد وهو مختار أصحاب المون ورجحه في الفتح ، واختار مشايخ بلخ وفي البحر عن الجاوي أنه المختار للفتوى ترغيبا للناس في الوقف وتكثيرا للخير :

مطلب في استبدال الوقف وشروطه

(قوله وجاز شرط الاستبدال به الخ) اعلم أن الاستبدال على ثلاثة وجوه : الأول : أن يشترط الواقف لنفسه أو لغيره أو لنفسه وغيره ، فالاستبدال فيه جائز على الصحيح وقيل اتفاقا . والثاني : أن لا يشترطه سواء شرط عدده أو سكت لكن صار بحيث لا ينفع به بالكلية بأن لا يحصل منه شيء أصلا ، أو لا يبقى بموته فهو أيضا جائز على الأصح إذا كان بإذن القاضي ورأيه المصلحة فيه ، والثالث : أن لا يشترطه أيضا ولكن فيه نفع في الجملة وبدله خير منه ربحا ونفعا ، وهذا لا يجوز استبداله على الأصح المختار كذا حرره العلامة قتالي زاده في رسالته الموضوعية في الاستبدال ، وأطلب فيها عليه الاستدلال وهو مأخوذ من الفتح أيضا كما سنذكره عند قول الشارح لا يجوز استبدال العامر إلا في أربع ، وبقي بقية شروط الجواز وأفاد صاحب البحر في رسالته في الاستبدال أن الخلاف

(۱) قوله (ومنه صحة لا يجوز بناء الخ) ، اعلم وجه البناء أن محمد لما قال باشتراط التسليم منع صحة الولاية لنفسه وما ذاك إلا لما بين من يتعلق على القول بالوقف أمضى الحكم عليه وإذا كان الأمر كذلك فيجعل الولاية لنفسه فلا بد أن يكون جعل الغلة لنفسه بطلان لبقاء حق الواقف الأخرى من حق الحكم فالاشتراط التسليم ملحوظ فيه انقطاع حق الواقف .

أرضاً أخرى) حينئذ (أو) شرط (ببعضه) ويشترى بثمنه أرضاً أخرى إذا شاء فإذا فعل صارت الثانية كالأولى في شرائها وإن لم يذكرها ثم لا يستبدلها (بثالثه) لأنه حكم ثبت بالشرط والشرط وجد في الأولى لا الثانية

في الثالث، إنما هو في الأرض إذا ضعفت عن الاستغلال بخلاف الدار إذا ضعفت بخراب بعضها، ولم تذهب أصلاً فإنه لا يجوز حينئذ الاستبدال على كل الأقوال قال: ولا يمكن قياسها على الأرض فإن الأرض إذا ضعفت لا يرغب غالباً في استئجارها بل في شرائها أما الدار فيرغب في استئجارها مدة طويلة لأجل تعميرها للسكنى على أن باب القياس مسدود في زماننا وإنما العلماء النقل من السكنى المعتمدة كما صرحوا به (قوله أرضاً أخرى) مفعول به للاستبدال وعمل المصد المتفرون بال قليل (قوله حينئذ) أي حين إذ كان الفتوى على قول أبي يوسف وأشار بهذا إلى أن اشتراط الاستبدال مفرع على القول بجواز اشتراط الغلة لنفسه ولهذا قال في البحر: وفرع في الهداية على الاختلاف بين الشيخين شرط والاستبدال لنفسه، فجوزه أبو يوسف وأبطله محمد وفي الخاتمة الصحيح قول أبي يوسف اه وذكر في الخاتمة في موضع آخر صحة الشرط إجماعاً ووفق بينهما صاحب البحر في رسالته بحمل الأول على ما إذا ذكر الشرط بلفظ البيع والثاني على ما إذا ذكره (١) بلطف الاستبدال بقرينة تعبير الخاتمة بذلك وإلا فهو مشكل اه (قوله أو شرط ببعضه) ظاهره أنه لا فرق بين ذكره بلفظ الاستبدال أو البيع، وهو خلاف التوفيق المذكور آنفاً (قوله ويشترى بثمنه أرضاً) أي وأن يشتري على حد قوله ليس عيابة وتقرعني وقيد به لأن شرط البيع فقط يفسد الوقف كما مر أول الباب، لأنه لا يلدل على إرادة الاستبدال إلا بذكر الشراء وفي فتاوى الكازروني عن الشرنبلالي أنه سئل عن واقف شرط لنفسه الاستبدال والبيع فأجاب: بأن الوقف باطل لأنه لما شرط البيع بالاستبدال كان عطف مغاير، وأطلق البيع ولم يقل واشترى بالثنى ما يكون وقفاً مكانها فباطل الوقف لقول المصنف واشترط بيع الأرض ولم يقل استبدل بثمنها ما يكون وقفاً مكانها فالوقف باطل اه (قوله إذا شاء) كذا وقع في عبارة النور ولم يذكره في البحر والفتح، وأكثر الكتب التي رأيتها نعم معزياً للخبر، والظاهر أنه قيد ببيع لا بشراء فكان المناسب ذكره قبل قوله: ويشترى لئلا يوهم أنه قيد للشراء، فيلزم منه اشتراط البيع، وإن لم يرد أن يشتري بثمنه غيره وهو مفسد للوقف كما عامته هذا ما ظهر لي ولم أر من نبه عليه (قوله وإن لم يذكرها) أي الشرائط قال في البحر: ولو شرط أن يبيعها، ويشترى بثمنها أرضاً أخرى، ولم يزد صح استحصاناً وصارت الثانية وقفاً بشرائط الأولى ولا يحتاج إلى الإيقاف كالعبد الموصى بخدمته، إذا قتل خطأ واشترى بثمنه عبداً آخر ثبت حق الموصى له في خدمته

مطلب في اشتراط الإدخال والإخراج

(قوله ثم لا يستبدلها بثالثه) قال في الفتح: إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائماً، وكذلك ليس لقيم الاستبدال إلا أن ينص له عليه، وعلى وزن هذا الشرط لو شرط لنفسه، أن ينقص من المعالم إذا شاء، ويزيد ويخرج من شاء، ومن استبدل به (٢) كان له ذلك، وليس لقيمه أن يجمعه له وإذا أدخل وأخرج مرة، فليس له ثانياً

(١) قوله والثاني على ما إذا ذكره الخ) يعني أن صورة الإجماع هي ما ذكرناه لفظ الاستبدال وفيه أن شرط الاستبدال مفرع على جعل الغلة لنفسه المخطئ في صحته فيكون شرط الاستبدال مختلفاً في صحته أيضاً فكيف يمكن قاضيهما الإجماع على صحته والسبب من سمح المصنف حيث صرح في أول العبارة بالتطريع وهنا يجعل الاستبدال صورة الإجماع ويمكن أن يقال إنه تقدم أن مسألة جعل الولاية لنفسه روايتين عن محمد فاعمل جعل الغلة لنفسه كذلك وهو الظاهر وحيث كان كذلك يكون مسألة الاستبدال المقررة عليها حراماً وتكون حكاية الإجماع على إحدى الروايتين والخلاف على الأخرى وتقدم نظير ذلك اه

(٢) قوله ومن استبدل به الخ) الصواب حذف من وجعل النقل بعينة المستقل عطفاً على سابقه اه

(وأما) الاستبدال ولو للمساكين آل (بدون الشرط فلا يملكه إلا القاضى) ودر و شرط فى البحر خروجه على الانتفاع بالكلية وكون البديل عقارا والمستبدل قاضى اللجنة المقصر بدى العلم والعمل، وفى النهر أن المستبدل قاضى اللجنة فالنفس به مطمئنة فلا يخشى ضياعه

إلا بشرطه ولو شرطه للقيم ولم بشرطه لنفسه كان له أن يستبدل بنفسه اه و ذكر فى البحر فروعا مهمة فلتراجع (قوله ولو للمساكين آل) أى رجع وهذه المبالغة لم يذكرها فى الدور قال ح : ولم يظهر لى وجهها (قوله بدون الشرط) دخل فيه مالمو اشترط عدده كما سيذكره الشارح فى شرح الوهبالية عن الطرسوسى أنه لا تنقل فيه لكنه مقتضى قواعد المذهب ، لأنهم قالوا إذا شرط الواقف أن لا يكون للقاضى أو السلطان كلام فى الوقف أنه شرط باطل، وللقاضى الكلام لأن نظره أعلى وهذا شرط فيه تفويت المصلحة للموقوف عليهم، وتعطيل للوقف فيكون شرطا لا مائدة فيه للوقف ولا مصلحة فلا يقبل اه بحر (قوله و شرط فى البحر الخ) عبارته وقد اختلف كلام قاضيه خان فى موضع جوزه للقاضى بلا شرط الواقف، حيث رأى المصلحة فيه وفى موضع منع منه : ولو صارت الأرض بحال لا ينتفع بها، والمعتمد أنه بلا شرط يجوز للقاضى بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية، وأن لا يكون هناك ربع للوقف بعمر به وأن لا يكون البيع بغبن فاحش، و شرط فى الإسعاف أن يكون المستبدل قاضى اللجنة المقصر بدى العلم والعمل لئلا يحصل التطرق إلى إبطال أوقاف المسلمين كما هو الغالب فى زماننا اه ويجب أن يزداد آخر فى زماننا : وهو أن يستبدل بعقار لا بدراهم ودنانير فإننا قد شاهدنا النظار يأكلونها، وقل أن يشتري بها بدلا ولم نر أحدا من القضاة فتنش على ذلك مع كثرة الاستبدال فى زماننا اه .

مطلب فى شروط الاستبدال

وحاصله : أنه يشترط له خمسة شروط أسقط الشارح منها الثانى والثالث، لظهورهما لكفى فى الخامس كلام بأنى قريبا ، وأفاد فى البحر زيادة شرط سادس : وهو أن لا يبيعه ممن لا تقبل شهادته له، ولا يمن له عليه دين حيث قال وقد وقعت حادثتان للقوى .

إحداهما : باع الوقف من ابنه الصغير فأجبت : بأنه لا يجوز اتفاقا كالوكيل بالبيع باع من ابنه الصغير والكبير كذلك خلافا لما كما عرف فى الوكالة :

ثانيتهما : باع من رجل له على المستبدل دين وباعه الوقف بالدين ، وينبغى أن لا يجوز على قول أبى يوسف وهلال لأنهما لا يجوزان البيع بالعروض فالدين أولى اه وذكر عن الفتية ما يفيد شرطا سابعا حيث قال : وفى الفتية مبادلة دار الوقف بدار أخرى إنما يجوز إذا كانتا فى محلة واحدة أو محلة الأخرى بخيرا وبالعكس لا يجوز ، وإن كانت المملوكة أكثر مساحة وقيمة وأجرة لاحتمال خرابها فى أدون المحلتين لدناءتها وقلة الرغبة فيها اه وزاد العلامة قتالى زاده فى رسالته ثامنا وهو أن يكون البديل والمبدل من جنس واحد لما فى الخاتمة لو شرط لنفسه استبدالها بدار لم يكن له استبدالها بأرض ، وبالعكس أو بأرض البصرة نقيده اه فهذا فيما شرطه لنفسه ، فكذا يكون شرطا فيما لو لم يشترطه لنفسه بالأولى تأمل . ثم قال والظاهر عدم اشتراط اتحاد الجنس فى الموقوفة للاستغلال ، لأن المنظور فيها كثرة الربح ، وقلة المزمة والمؤنة فلو استبدل الحائوت بأرض تزرع ويحصل منها غلة قدر أجرة الحائوت كان أحسن ، لأن الأرض أديم وأبقى وأغنى عن كافة الترميم والصعير بخلاف الموقوفة للسكن لظهور أن قصد الواقف الانتفاع بالسكن اه ولا يخفى أن هذه الشروط فيما لم يشترط الواقف استبداله لنفسه أو غيره ،

ولو بالدرهم والدنانير وكذا لو شرط عدمه وهي إحدى المسائل السبع التي يخالف فيها شرط الواقف كما بسطه في الأشباه و زاد ابن المصنف في زواجره ثمانية وهي إذا نص الواقف ورأى الحاكم ضم مشارف جاز كالوصي

فلو شرطه لا يلزم خروجه عن الانتفاع ولا مباشرة القاضى له ولا عدم ربع يعمر به كما لا يخفى فاعتنم هذا التحريم (قوله ولو بالدرهم والدنانير) رد لما مر عن البحر من اشتراط كون البدل عقارا . وحاصله : أن اشتراط ذلك إنما هو لكون الدرهم يتخشى عليها أكل النظار لها وإذا كان المشروط كون المستقبل قاضى الجنة لا يتخشى ذلك .

قلت : وفيه نظر لأن قاضى الجنة شرط للاستبدال فقط لا للشراء بالثمن أيضا ، فقد يستبدل قاضى الجنة بالدرهم ويبقى عنده أو عند الناظر ، ثم يعزل القاضى ويبقى في السنة الثانية من لا يقش عليها فتضيع : نعم ذكر في البحر أن صريح كلام قاضيهان جوازه بالدرهم ، ولكن قال قارى الهداية وإن كان للوقف ربع وليس يرغب شخص واستبداله إن أعطى مكانه بدلا أكثر ريعانه في صقع أحسن من صقع الوقف جاز عند أبي يوسف والعمل عليه إلا فلا فقد عين العقار للبدل فدل على منعه بالدرهم اه واعترضه الخبر الرمل بأنه كيف يخالف قاضيهان مع صراحته بالجواز بما قاله قارى الهداية ، منع أنه ليس فيه تعرض للاستبدال بالدرهم لا يتق ولا إثبات اه :

قلت : لا يخفى أن قوله إن أعطى مكانه بدلا الخ يدل على نفي الجواز بدون العقار ، بل صرح به في قوله وإلا فلا : نعم رد على البحر أن كلام قارى الهداية لا يعارض كلام قاضيهان ، لأنه فقيه النفس والجواب أن صاحب البحر ، لم ينكر كون المنقول في المذهب ما قاله قاضيهان ، ولكن مراده أن هذا المنقول كان في زمنهم وأن ما قاله قارى الهداية مبنى على تغير الزمان ، وبدل على أن مراده هذا قوله فيما سبق ، ويجب أن يزداد آخر في زماننا الخ ولا شك أن هذا هو الاحتياط ، ولا سيما إذا كان المستقبل من قضاة هذا الزمان وناظر الوقف عبر مؤتمن نعم ما أفنى به قارى الهداية من جواز الاستبدال إذا كان للوقف ربع يخالف لما مر في الشروط من اشتراط خروجه عن الانتفاع بالكلية ويبقى تمام الكلام عليه قريبا (قوله وكذا لو شرط عدمه) معطوف على قول المتن وأما بدون الشرط ، وقد مرنا عن الطرطوسي أن هذا لا نقل فيه بل قواعد المذهب تقتضيه .

مطلب يجوز مخالفة شرط الواقف في مسائل

(قوله وهي إحدى المسائل السبع) الثانية : شرط أن القاضى لا يعزل الناظر ، فله عزل غير الأهل . الثالثة : شرط أن لا يؤثر وقفه أكثر من ستة ، والناس لا يرغبون في استئجار سنة أو كان في الزيادة نفع للفقراء فالقاضى المخالفة دون الناظر . الرابعة : نو شرط أن يقرأ على قبره فالتعيين باطل أى على القول بكراهة القراءة على القبر واختار خلافه . الخامسة : شرط أن يتصدق بفاضل القلة على من يسأل في مسجد كذا ، فللقم التصديق على سائل غير ذلك المسجد أو خارج المسجد ، أو على من لا يسأل . السادسة : لو شرط للمستحقين خبزا ولحما معينا كل يوم فللقم دفع القيمة من النقد وفي موضع آخر لم طلب المعين وأخذ القيمة : أى فالخيار لم لاله وذكر في الدر المنتقى أنه الراجح . السابعة : يجوز الزيادة من القاضى على معلوم الإمام ، إذا كان لا يفيقه وكان عالما نقيها وهذه الأخيرة سيذكرها الشارح في فروع الفصل الآتى ، ويبقى الكلام عليها هناك وزاد عليها أخرى وهي جواز مخالفة السلطان الشروط إذا كان أصل الوقف لبית المال (قوله وزاد ابن المصنف في زواجره) أى في حاشيته زواجر

وعزاها لأنفع الوسائل وفيها لا يجوز استبدال العامر إلا في الأربع :
قلت : لكن في معروضات المفتي أبي السعود أنه في سنة إحدى وخمسين وتسعمائة ورد الأمر الشريف بمنع استبداله ، وأمر أن يصير بإذن السلطان تبعاً لترجيح صدر الشريعة انتهى فليحفظ : وفيها أيضاً لو شرط الواقف العزل والصب وسائر التصرفات لمن يتولى من أولاده ولا يداخلهم أحد من القضاة والأمراء وإن داخلهم فعليهم لعنة الله هل يمكن مداخلتهم ؟ فأجاب : بأنه في سنة أربع وأربعين وتسعمائة قد حررت هذه الوقيات المشروطة هكذا فالمثولون لو من الأمراء يعرضون للدولة العلية على مقتضى الشرع ومن دونهم رتبة يعرض بأرائهم مع قضاة البلاد على مقتضى المشروع من المواد لا يخالف القضاة المثولين ولا المثولون القضاة بهذا ورد الأمر الشريف

الجواهر على الأشباه والنظائر ونص عبارة أنفع الوسائل هكذا إذا نص الواقف على أن أحداً لا يشارك الناظر في الكلام على هذا الوقف ، ورأى القاضي أن يضم إليه مشارفاً يجوز له ذلك كالوصى إذا ضم إليه غيره حيث يصح له وهذا حاصل ما يأتي عن المعروضات .

قلت : وأوصلها في الدر المتقى إلى إحدى عشرة فراجعه وزاد البيروني مسألتي الأولى : ما إذا شرط أن لا يؤجر بأكثر من كذا وأجر المثل أكثر والثانية : لو شرط أن لا يؤجر لمتوجه أى لصاحب جاء فأجره منه بأجرة معجلة ، واعترض بأن العلة الخوف على رقة الواقف كما هو مشاهد .
قلت : وينبغي التفصيل بين الخوف على الأجرة والخوف على الوقف ففي الأول يصح بتعجيل الأجرة (قوله وفيها) أى في الأشباه :

مطلب لا يستبدل العامر إلا في أربع

(قوله لإحدى أربع) الأولى : لو شرطه الواقف : الثانية : إذا غصبه غاصب ، وأجرى عليه الماء حتى صار بحراً فيضمم القيمة ، ويشترى المثول بها أرضاً بدلاً : الثالثة : أن يجحد الغاصب ولا يئنه أى وأراد دفع القيمة ، فللمثولي أخذها ليشترى بها بدلاً . الرابعة : أن يرغب إنسان فيه ببدل أكثر غلة ، وأحسن صفات فيجوز على قول أبي يوسف ، وعليه الفتوى كما في فتاوى قارى الهداية قال صاحب النهر في كتابه إجابة السائل قول قارى الهداية والعمل على قول أبي يوسف معارض ما قاله صدر الشريعة ، نحن لأنفق به وقد شاهدنا في الاستبدال ما لا يعد ويحصى : فإن ظلمة القضاة جعلوه حيلة لإبطال أوقاف المسلمين وعلى تقديره فقد قال في الإسعاف المراد بالقاضى : هو قاضى اللجنة المفسر بلى العلم والعمل اه ولعمري أن هذا أعز من الكبريت الأحمر ، وما أراه إلا لفظاً يذكر فالأحرى فيه السد خوفاً من مجاوزة الحد والله سائل كل إنسان اه .

قال العلامة البيروني بعد نقله أقول : وفي فتح القدير والحاصل : أن الاستبدال إما عن شرط الاستبدال أولاً عن شرطه ، فإن كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم ، فينبغى أن لا يختلف فيه وإن كان لا لذلك بل انتفى أنه يمكن أن يؤخذ بشئ ما هو خير منه مع كونه متفعلاً به ، فينبغى أن لا يجوز لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة ولأنه لا موجب لتجوز به ، لأن الموجب في الأول الشرط وفي الثاني الضرورة والضرورة في هذا إذ لا تجب الزيادة بل نقيه كما كان اه :

أقول : ما قاله هذا المحقق هو الحق الصواب اه كلام البيروني وهذا ما حرره العلامة الفاضل كما قدمناه (قوله قلت لكن النسخ) استدراك على الصورة الرابعة المذكورة (قوله بمنع استبداله) أى استبدال العامر إذا قل وبه ولم يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو الصورة الرابعة بقريته قوله تبعاً لترجيح صدر الشريعة فإن الذى رجحه هو هذه الصورة كما علمته آنفاً (قوله فالمثولون) لا يخفى ما في هذه العبارة من الركاكة ، والظاهر أنها معربة من عبارة تركية :

فالواقفون لو أرادوا أى فساد صدر يصدر وإذا داخلهم القضاء والأمراء فعليهم اللعنة فهم الممولون لما تقرر أن الشرائط المخالفة للشرع جميعها لغو وباطل انتهى فليحفظ؛
(بنى على أرض ثم وقف البناء) قصدا (بدونها أن الأرض مملوكة لا يصح

وحاصلها : أنه ورد الأمر بعدم العمل بهذا الشرط ، فإذا كان المتولى من الأمراء لا يستقل بنفسه بل يعرض أمر الوقف على الدولة العلية أى على السلطان لقرب الأمير منه فيتصرف بالوقف برأى السلطان على مقتضى الشرع الشريف ، وإن كان المتولى ممن دون الأمراء فى الرتبة ، وهو من لا وصول له بنفسه إلى السلطان يعرض أمر الوقف برأى الأمراء على القضاء ليتصرف معهم على وفق المشروع من المواد الحادثة ولا يخالف المتولى للقاضى إذا أمره بالمشروع ولا القاضى المتولى إذا كان تصرف المتولى على وفق المشروع (قوله فالواقفون الخ) حاصله أن الواقفين إذا شرطوا هذا الشرط ، ولعنوا من يداخل الناظر من الأمراء والقضاة كانوا هم المعونين ، لأنهم أرادوا بهذا الشرط أنه مهما صدر من الناظر من الفساد لا يعارضه أحد ، وهذا شرط يخالف للشرع وبه تفويت المصلحة للموقوف عليهم وتعطيل الوقف فلا يقبل كما قدمناه عن أنفع الوسائل (قوله بنى على أرض الخ) كان المناسب للمصنف ذكر هذه المسألة عند قوله : ومنقول فيه تعامل لما تقرر أن البناء والغراس من قسم المنقول ولذا لا تنحرى فيه الشفعة كما استحقته فى بابها ولزم من ذكرها هنا الفصل بين مسائل الاستبدال والبيع .

مطلب فى وقف البناء بدون أرض

(قوله ثم وقف البناء قصدا) احقرز به عن وقفه تبعا للأرض ، فإنه جائز بلا نزاع .

ثم اعلم أن العلامة قاسما أفتى بأنه لا يصح وقف البناء بدون أرض ، وعزاه فى الأصل للإمام محمد وإلى هلال ابن يحيى البصرى والخصاف وإلى الواقعات والمضمرات وقال : يحتمل هذا المنع أن يكون لاندعم التعارف : بل لأن غير المنقولات تبقى بنفسها مدة طويلة ، فتكون متأبدة بخلاف البناء فإنه لا بقاء له بدون الأرض فلا يتم التحريم فثبت أنه باطل بالاتفاق والحكم به باطل له ملخصا .

قلت : لكن فى البحر غن الذخيرة وقف البناء من غير وقف الأصل لم يجوز هو الصحيح لأنه . قول وقفه غير متعارف وإذا كان أصل البقعة موقوفا على جهة قرابة فبنى عليها بناء ووقف بناءها على جهة قرابة أخرى اختلفوا فيه اهـ .

مطلب مناظرة ابن الشحنة مع شيخه العلامة قاسم فى وقف البناء

فهذا صريح بأن حلة عدم الجواز كونه غير متعارف لا لما ذكره العلامة قاسم فحيث تعورف وقفه جاز وعن هذا خالفه تلميذه العلامة عبد البر بن الشحنة بعد ما جرى بينهما كلام فى مجلس السلطان الملك الظاهر سنة ٨٧٢ (١) وقال : إن الناس من زمن قديم نحو ما فى سنة وإلى الآن على جوازه والأحكام به من القضاء العلماء فتواتر والعرف جار به فلا ينبغي أن يتوقف فيه اهـ ورده العلامة محمد بن زهير القرشى كما فى فتاوى الكازرونى بما حاصله أنه خالف نصوص المذهب على عدم جوازه ، وخالف شيخه الذى أجمع علماء عصره من المذاهب الأربعة على

(١) قوله (سنة ٨٧٢) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف وفيه نظر فانه وفاة الملك الظاهر فى سنة ٦٧٩ كما يعلم من مراجعة الخط المذكور يرى أنه مصححه .

وقيل صح عليه الفتوى .

سئل قارىء الهداية عن وقف البناء والغراس بلا أرض ؟ فأجاب : الفتوى على صحته ذلك ووجهه شارح الوهبانية وأقره المصنف معللا بأنه منقول فيه تعامل فيتعين به الإفتاء (وإن موقوفة على ماعين البناء له جاز) تبعا (إجماعا ، وإن) الأرض (لجهة أخرى فختلف فيه) والصحيح الصحة كما في المنظومة المحبية .
وسئل ابن نجيم عن وقف الأشجار بلا أرض ؟ فأجاب : يصح لو الأرض وقفا ، ولو لغير الواقف . وسئل أيضا عن البناء والغراس

علمه وقبول قوله وأنه اعتمد على قول مرجوح ، وأنه احتج بالعرف وعمل القضاة والعرف لا يصادم المنقول وحكم القضاة بالمرجوح لا ينفذ اه .

قلت : لا يخفى عليك أن المعنى به الذى عليه المتون جواز وقف المنقول المتعارف وحيث صار وقف البناء متعارفا كان جواره ، ووفقا للمنقول ، ولم يخالف نصوص المذهب على عدم جوازه لأنها مبنية على أنه لم يكن متعارفا كادال عليه كلام الدخيرة المار وباقى قريبا نص الخصاص على جوازه إذا كان البناء فى أرض محكرة هذا : والذى حرره فى البحر أخذنا من قول الظهيرية ، وأما إذا وقفه على الجهة التى كانت البقعة وقفا عليها جاز اتفاقا تبعا للبقعة أن قول الدخيرة لم يجز هو الصحيح مقصور على ماعدا صورة الاتفاق وهو ما إذا كانت الأرض ملكا أو وقفا على جهة أخرى قال وقصره الطرسوسى على الملك وهو غير ظاهر اه .

قلت : وهو كذلك ، فإن شرط الوقف التأييد والأرض إذا كانت ملكا لغيره فلها ملك استردادها ، وأمره بنقض البناء وكذا لو كانت ملكا له فإن لورثته بعده ذلك ، فلا يكون الوقف مؤبدا وعلى هذا فينبغى أن يستثنى من أرض الوقف ما إذا كانت معدة للإحتكار ، لأن البناء يبقى فيها كما إذا كان وقف البناء على جهة وقف الأرض فإنه لا مطالب لنقضه والظاهر أن هذا وجه جواز وقفه إذا كان متعارفا ولهذا أجازوا وقف بناء قنطرة على النهر العام وقالوا إن بناءها لا يكون ميراثا وقال فى الخانية إنه دليل على جواز وقف البناء وحده يعنى فى سبيله البقاء كما قلنا وبه يتضح الحال وبزول الإشكال ويحصل التوفيق بين الأقوال (قوله وقيل صح عليه الفتوى) أخذه من إطلاق ما نقله عن قارىء الهداية فقد قال فى البحر : إن ظاهره أنه لا فرق بين أن تكون الأرض ملكا أو وقفا ولكنه يخالف لما حرره كما علمته آنفا ، ولما يأتى عن فتاواه ، وقد علمت ما فيه من منافاته للتأييد وعن هذا نص فى الخانية وغيرها على أنه لا يجوز وقف البناء فى أرض هى عارية أو إجارة كما يأتى فيجب حمل كلام قارىء الهداية على غير الملك (قوله وأقره المصنف) ليس فى عبارته التصريح بالملك ، وأما شارح الوهبانية فليس فى كلامه تصريح بتبرجحه فإنه قال لفظا :

وتجوز إيقاف البناء دون أرضه ولو تلك ملك الغير بعض يقرر

(قوله والصحيح الصحة) أى إذا كانت الأرض محكرة كما علمت ، وعن هذا قال فى أنفع الوسائل إنه لوبنى فى الأرض الموقوفة المستأجرة مسجدا أنه يجوز قال وإذا جاز فعل من يكون حكره ، والظاهر أنه يكون على المستأجر مادامت المدة باقية ، فإذا انقضت ينبغى أن يكون مع بيت مال الخراج وأخواته ومصالح المسلمين (قوله لو الأرض وقفا) مبنى على ما مضى عليه المتن .

في الأرض المحتكرة هل يجوز بيعه ووقفه وهل يجوز وقف العين المرهونة أو المستأجرة ؟ فأجاب نعم . وفي البرازية : لا يجوز وقف البناء في أرض عارية أو إيجارة أو زيادة في الأرض المحتكرة في المنة حاولت لرجل في أرض وقف فأبى صاحبه أن يستأجر الأرض بأجر المثل أن العمارة لو رفعت تستأجر بأكثر مما استأجره ،

مطلب في زيادة أجرة الأرض المحتكرة

(قوله في الأرض المحتكرة) أصل الحكر المنع بحر عن الخطط وفي الخيرية الاستحكار عند إحارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو لأحدهما (قوله فأجاب نعم) أى يجوز بيعه ووقفه أما البيع ، فقد مر الكلام عليه مرورا في أول كتاب الشركة وأما وقف المأجور ففي البحر يصح ولا تنص الإجارة ، فإذا انقضت أو مات أحدهما صرف إلى جهات الوقف اه وأما وقف المرهون فسيأتي بيانه قبل الفصل وأما وقف الشجر فهو كوقف البناء وفي البرازية غرس شجرة ووقفها إن غرسها على أرض مملوكة (۱) يجوز وقفها تبعا للأرض ، وإن بدون أصلها لا يجوز وإن كانت في أرض موقوفة إن وقفها على تلك الجهة جاز كما في الماء وإن وقفها على جهة أخرى فعلى الخلاف المذكور في وقف البناء اه : (قوله أو إحارة) يستثنى منه ما ذكره المحصاف ، من أن الأرض إذا كانت مقصورة للاحتكار ، فإنه يجوز بحر قال في الإسعاف : وذكر في أوقاف المحصاف أن وقف حوانيت الأسواق ، يجوز إن كانت الأرض بإجارة في أيدي الذين بنوها لا يخرجهم السلطان عنها من قبل أنا وأبنائنا في أيدي أصحاب البناء توارثوها وقسم بينهم لا يتعرض لهم السلطان فيها ، ولا يزعمهم وإنما له غلة يأخذها منهم وتداولها خلف عن سلف ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم يتبايعونها ويؤجرونها وتجوز فيها وصاياهم ويهدمون بناءها ، ويعيدونه وبينون غيره فكل ذلك الوقف فيها جائز اه وأقره في الفتح وذكر أيضا أنه يخص لإطلاق قوله أو إجارة وقد علمت وجهه وهو بقاء التأييد وهو مؤيد لما قلنا من تخصيص الوقف لما إذا كانت الأرض محتكرة .

مطلب في وقف الكرदार والكدر

[تنمة] في البرازية وقف الكرदार بدون الأرض لا يجوز كوقف البناء بلا أرض اه . وفي مزارعة الخيرية الكرदार هو أن يحد المزراع في الأرض بناء أو غراسا أو كسبا بالتراب صرح به غالب أهل الفتاوى اه : قلت : فعلى هذا ينبغي التخصيص في الكرदार فإن كان كسبا بالتراب ، فلا يصح وقفه وإن كان بناء أو غراسا ففيه ما مر في وقف البناء والشجر ، ومن الكرदार ما يسمى الآن كذلك في حوانيت الوقف ونحوها من وقوف مركبة في الحانوت وإغلاق على وجه القرار ، ومنه ما يسمى قيمة في السائين وفي الحمامات ، وقد أوضحناه في تنقيح الحمادية والظاهر أنه لا يصح وقفه لعدم العرف الشائع بخلاف وقف البناء والشجر فإنه مما شاع وذاع في عامة البقاع (قوله وأما الزيادة في الأرض المحتكرة الخ) محل ذكر هذه المسائل في أول الفصل الآتي عند ذكر إجارة الوقف : والحاصل : أن مستأجر أرض الوقف إذا بنى فيها ثم زادت أجرة المثل زيادة فاحشة فلما أن تكون الزيادة بسبب العمارة والبناء أو بسبب زيادة أجرة الأرض في نفسها ففي الأول لا تلزمه الزيادة لأنها أجرة عمارته وبنائه ، وهذا لو كانت العمارة ملكه أو ما لو كانت الوقف كما لو بنى بأمر الناظر ليرجع على الوقف تلزمه الزيادة ولهذا قيد

(۱) (قوله إن غرسها على أرض مملوكة الخ) في البحر من الظهيرة ما تنص : وإذا غرس شجرة ووقفها إن غرسها في أرض غير موقوفة لا يخلو إن وقفها بموضعها من الأرض صح تحا للأرض بحكم الاتصال إلى آخر الباردة وهذا تعلم ما في عبارة المحقق اه .

أمر برفع العمارة ، وتؤجر لغيره ، وإلا تترك في يده بذلك الأجر ، ومثله في البحر وفيه لو زيد عليه أن إجارته مشاهرة تنسخ عند رأس الشهر ، ثم إن ضرر رفع البناء لم يرفع وإن لم يضر رفع أو يملكه القيم برضا المستأجر فإن لم يرض تبقى إلى أن يخلص ملكه محيط ،

بالمحتكرة ، وفي الثاني تلزمه الزيادة أيضا كما يأتي بيانه في الفصل (قوله أمر برفع العمارة) ينبغي تنبيذه بما إذا لم يضر رفعه بالأرض أخذا مما بعده (قوله وتؤجر لغيره) لأن النقصان عن أجر المثل لا يجوز من غير ضرورة بحر .

مطلب في استيفاء العمارة بعد فراغ مدة الإجارة بأجر المثل

(قوله وإلا تترك في يده بذلك الأجر) لأن فيها ضرورة بحر عن المحيط وظاهر التعليق تركها بيده ولو بعد فراغ مدة الإجارة ، لأنه لو أمر برفعها لتؤجر من غيره يلزم ضرره ، وحيث كان يدفع أجرة مثله لم يوجد ضرر على الوقف ، فتترك في يده لعدم الضرر على الجانبين وحينئذ فلو مات المستأجر كان لورثته الاستيفاء أيضا إلا إذا كان فيه ضرر على الوقف بوجه ما ، بأن كان هو أو وارثه مفسدا أو سبيء المعاملة أو متغلبا يخشى على الوقف منه أو غير ذلك من أنواع الضرر كما في حاشية الخبر الرمل من الإجازات : وأقضى به في فتاواه الخيرية ، لكن مخالف لإطلاق المتن والشروح من أنه بعد فراغ المدة يؤمر بالرفع والتسليم ، وبه أقضى في الخيرية أيضا قبيل باب ضمان الأجير في خصوص الأرض المحتكرة .

قلت . لكن ينبغي تخصيص إطلاق المتن والشروح ، وإخراج الأرض المعدة للاحتكار من هذا الإطلاق ليتوافق كلامهم ، ويؤيد ذلك ما مر عن انحصاف من حصة وقف البناء في الأرض المحتكرة وقدمنا وجهه وهو أن البناء عليها يكون على وجه الدوام . فيبقى التأييد المشروط لصحة الوقف ، ومثل ذلك غالب القوي التي هي وقف أولييت المال ، فإن أهلها إذا علموا أن بناءهم وغراسهم يقطع كل سنة وتؤخذ القرية من أيديهم ، وتدفع لغيرهم لزم خرابها ، وعدم من يقوم بعمارتها : ومثل ذلك أصحاب الكردار في البساتين ونحوها وكذا أصحاب الكدك في الحوانيت ونحوها فإن إبقاءها في أيديهم سبب لممارتها ودوام استغلالها في ذلك نفع للأوقاف ، وبيت المال ولكن كل ذلك بعد كونهم يؤدون أجرة مثله بلا نقصان فاحش ، وهذا خلاف الواقع في زماننا ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم وهذا خلاصة ما حورته في رسالتي المسماة تحرير العمارة فيحق بالإجارة فعليك بها فلها بدعية في بابها مغنية لطلابها والله تعالى الحمد (قوله وفيه) أي في البحر وعزاء إلى المحيط وغيره (قوله لو زيد عليه) أي من غير أن يزيد أجر المثل في نفسه فتاوى الخيرية . ويدل له قوله الآتي والظاهر أنه لا يقبل الزيادة الخ فظهر أن المراد زيادة معتت فافهم (قوله تنسخ عند رأس الشهر) أي قبل دخوله لأنه إذا استأجر مشاهرة كل شهر بكذا تصح في الشهر الأول فقط وكلما دهل شهر حصد فيه (قوله أو يملكه القيم) هذا فيما إذا ضرر رفع البناء فكان عليه أن يقول ، فإن لم يضر رفع وإن ضرر لابل يملكه القيم الخ وعجابه البحر ينظر إن كانت أجرته مشاهرة إذا جاء رأس الشهر كان للقيم فسخ الإجارة ، ثم ينظر إن كان رفع البناء لا يضر بالوقف فله رفعه لأنه ملكه ، وإن كان يضر به فليس له رفعه ، لأنه وإن كان ملكه فليس له أن يضر بالوقف ، ثم إن رضى المستأجر

بقی لو إجارته مساوية أو مدة طويلة والظاهر أنه لا تقبل الزيادة دفعا للضرر عليه ولا ضرر على الوقف، لأن الزيادة إنما كانت بسبب البناء لا الزيادة في نفس الأرض انتهى .
وأما وقف الإقطاعات ففي النهر : لا يجوز إلا إذا كانت الأرض مواتا أو ملكا للإمام فأقطعهم رجلا قال : وأغلب

أن يتملكه القيم الوقف بالقيمة مبنيا أو منزوعا أيهما كان أخف يتملكه القيم وإن لم يرض لا يتملك لأن الغناك بغير رضاه لا يجوز، فيقضى إلى أن يخلص ملكه اهـ (۱) .

قلت : سيأتي في كتاب الإجازات إنه إن ضرر يتملكه القيم لجهة الوقف جبرا على المستأجر كما في عادة الشروح فيقول عنها لأنها لنقل المذهب بخلاف نقول الفتاوى اهـ وذكر مثله في المنع هناك وحاصله أنهم في الفتاوى كالحصبة والخانية والهادية جعلوا الخيار للمستأجر وأوكان القلع يضر وأصحاب الشروح جعلوا الخيار للنظر إن ضرر وإلا فالمستأجر ولا يفتى أن كلاما في الفتاوى والشروح مخالف لما مر من قوله . وإلا نترك في يده كما نهينا عليه آنفا وعلمت التوفيق على التحقيق (قوله والظاهر أنه لا تقبل الزيادة الخ) حصده أنها مثل المشاهدة فإنه في المشاهدة لا تقبل الزيادة أيضا بل يصير إلى انتهاء الشهر .

والحاصل : أنه لا تقبل الزيادة في كل الصور حيث لم تزد أجرة مثله في ذمتها لزوم العقد ، وعدم موجب الفسخ (۲) فلو قال والظاهر أنها كذلك لكان أخصر وأولى أفاده الخبير الرولى في حاشية البحر

مطلب مهم في وقف الإقطاعات

(قوله وأما وقف الإقطاعات الخ) هي ما يقطعه الإمام أى يعطيه من الأراضى رقة . أو منفعة من له حق في بيت المال :

وحاصل ما ذكره صاحب البحر في رسالته التحفة المرضية إلى الأراضى المصرية : أن الوقف لأرض من الأراضى لا يخلو إما أن يكون مالكا لها من الأصل ، بأن كان من أهلها حين يمن الإمام على أهلها ، أو تلقى المال من مالكمها بوجه من الوجوه أو غيرها ، فإن كان الأول فلا خفاء في صحة وقفه لوجود ملكه وإن كان الواقف غيرهما فلا يخلو إما أن وصلت إلى يده بإقطاع السلطان لإياله ، أو بشرائه من بيت المال من غير أن تكون ملكه ، فإن كان الأول فإن كانت مواتا أو ملكا للسلطان صح وقفها ، وإن كانت من حق بيت المال لا يصح قال الشيخ قاسم : إن من أقطعه السلطان أرضا من بيت المال ملك المنفعة بمقابلة ما أعد له فله إيجارها وتبطل بموته أو إخراجها من الإقطاع لأن للسلطان أن يخرجها منه اهـ وإن وصلت الأرض إلى الواقف بالشراء من بيت المال بوجه مسوغ ، فإن وقفه صحيح لأنه ملكها ، وبإعاعى فيها شروطه سواء كان سلطانا أو أميرا أو غيرهما ، وما ذكره السيوطى من أنه لا يرعى فيها الشرائط إن كان سلطانا أو أميرا فمحمول على ما إذا وصلت إلى الواقف بإقطاع السلطان من بيت المال ، أو بناء على أصل في مذهبه ، وإن كان الواقف لها السلطان من بيت المال من غير شراء فأبقى العلامة قاسم بأن الوقت صحيح أجاب به حين مثل عن وقف السلطان جقمق فإنه أرصد أرضا من بيت المال على مصالح مسجد وأبقى بأن سلطانا آخر لا يملك لإبطاله اهـ حاصل ما في الرسالة .

(۱) قوله فيقول إلى أن يخلص الخ (أى يبنى البناء في الأرض إلى أن يخلص ملك الباني ويؤجرها قيم بسانها لكن يؤدنه ثم يشتم الأجر على مثل قيمة أجرة الأرض ومثل أجر البناء ونقل فيحننا من الرمل أن الظاهر أن القيم لا يعطى الباني شيئا بل يكون كل الأجر حصة الوقف اهـ .

(۲) قوله وعلم موجب الفسخ (أى الآن وإلا فهو يفسخ في آخر المدة اهـ .

(۱۰ - حاشية ابن عابدين - ۱)

أوقاف الأمراء بمصر إنما هو إقطاعات يجعلونها مشتراة صورة من وكيل بيت المال وفي الوهبانية ولو وقف السلطان من بيت مالنا لمصلحة عمت يجوز وبؤجر .

قلت : وفي شرحها للشرنبلاني وكذا يصح إذنه بذلك إن فُتحت عنوة لأصلها لبقاء ملك مالها قبل الفتح (أطلق) القاضي (بيع الوقف)

قلت : وما أفنى به العلامة قاسم مشكل لما تقدم من أنها إن كانت من حق بيت المال لا يصح ، وكذا ما سيذكره الشارح في فروع الفصل الآتي عن المبسوط ، من أن للسلطان مخالفة شرط الواقف إذا كان غالب جهات الوقف قرى ومزارع ، لأن أصلها لبيت المال أي فلم تكن وقفا حقيقة بل هي أرصاد أخرجه الإمام من بيت المال ، وعينها لمن يستحق منه من العلماء ونحوهم ، كما أوضحناه في باب العشر والخراج والجزية ، وقدما هناك أنه إذا لم يعلم شرائه لها ولا عدمه ، فالظاهر أنه لا يحكم بصحة وقفها لأن شرطه الملك ، ولم يعلم ولا يلزم علمه من وقفه لها لأن الأصل بقاؤها لبيت المال كما يفيد المذکور عن المبسوط .

مطلب في أوقاف الملوك والأمراء

وهذا أفنى المولى أبو السعود بأن أوقاف الملوك والأمراء لأراعى شرطها لأنها من بيت المال أوتتول إليه اه وأما ذكره في التهر هناك من قوله : وإذا لم يعرف الحال في الشراء من بيت المال ، فالأصل هو الصحة فالظاهر أن معناها إذا علم الشراء ، ولكن لم يعلم حاله هل هو صحيح أم لا لعدم وجود شرطه ، لأنه لا يصح الشراء من بيت المال إلا إذا كان بالمسلمين حاجة كما مر هناك ، فيحمل على الأصل وهو الصحة فافهم ، ولعل مراد العلامة قاسم بقوله إن الوقف صحيح أي لازم لا ينقص على وجه الأرصاد المقصود منه وصول المستحقين إلى حقوقهم ولم يرد حقيقة الوقف وقدما تمام ذلك هناك فراجعه (قوله يجعلونها مشتراة صورة) أي بدون شرائه المسوغة لعدم احتياج بيت المال إلى بيعها في هذه الدولة العثمانية أمر الله بها الإسلام والمسلمين ، ومقتضاه أنه لا يكون وقفا حقيقة بل هو لرصاد كما علمه مما حرره آنفا فلم يكن مما جهل حال شرائه حتى يحمل على الصحة فافهم (قوله لمصلحة عمت) كالوقف على المسجد بخلافه على معين وأولاده فإنه لا يصح وإن جعل آخره للقراء كما أوضحه العلامة عبد البر بن الشحنة ط (قوله وبؤجر) لأن بيت المال معد لمصالح المسلمين فإذا أبدته على مصرفه الشرعي يثاب لاسيا إذا كان يخاف عليه أمراء الجور الذين يضرفونه في غير مصرفه الشرعي ، فيكون قد منع من بيعه منهم ويصرف ذلك التصرف ذكره العلامة عبد البر ط ومفاده أنه لرصاد لا وقف حقيقة كما قدمناه (قوله قلت الخ) أصله ما في الخاتمة لو أن سلطانا أذن لقوم أن يجعلوا أرضا من أرضي بلدة حوانيت موقوفة على المسجد أو أمرهم أن يزيدوا في مسجدهم قالوا إن كانت البلدة فُتحت عنوة ينفذ لأنها تصير ملكا للعائنين فيجوز أمر السلطان فيها ، وإذا فُتحت صلحا تبقى على ملك ملائكتها فلا ينفذ أمره فيها اه :
قلت : ومفاد التحليل أن المراد بالفتوحة عنوة التي لم تقم بين العائنين إذ لو قسمت صارت ملكا لهم حقيقة فتأمل .

مطلب في إطلاق القاضي بيع الوقف للواقف أو لوارثه

(قوله أطلق القاضي) أي أجاز طمع الواني (قوله بيع الوقف) أي كله أو بعضه كما أفنى به المولى أبو السعود فقال : إن لم يكن مسجلا وباعه برأى الحاكم بطل وقفية ماباعه والباقي على ما كان كما نقله عنه المصنف في المنع

غير المسجل لوارث الوائف فباع صح) وكان حكما ببطالان الوائف لعدم تسجيله حتى لو باعه الواقف أو بعضه أو رجع عنه ووقفه لجهة أخرى ، وحكم بالثاني قبل الحكم بلزوم الأول صح الثاني لوقوعه في محل الاجتهاد كما حققه المصنف

(قوله غير المسجل) معنى قولهم مسجلا أى محكوما بلزومه بأن صار اللزوم حادثة وقع النزاع فيها فحكم القاضي باللزوم بوجهه الشرعى رمل ، وسعى مسجلا لأن المحكوم به يكتب في سجل القاضي (قوله وكان حكما ببطالان الوقف) الضمير في كان عائد إلى إطلاق القاضي وعبرة النزاية كان حكما بصحة بيع الوقف ، والظاهر أن الحكم (١) ببطالان الوقف يكون بعد بيعه تأمل (قوله كما حققه المصنف) حيث ذكر أن هذا ليس مبنيا على قول الإمام فقط بعدم لزوم الوقف قبل التسجيل ، بل هو صحيح على قولها أيضا لوقوعه في فصل يحتج فيه كما صرح به في النزاية ، ويؤيده قول قارى' الهداية إذا رجع واقف عما وقفه قبل الحكم بلزومه صح عنه سلك الفتوى على خلافه وأنه يلزم بلاحكم ومع ذلك إذا قضى بصحة 'رجوع قاض حتى صح وبعد فإذا وقفه ثانية على جهة أخرى وحكم به حاكم صح ولزم وصار المعتبر إثبات لثابته بالحكم اهـ . وبه يندفع ما ذكره العلامة قسم ومن نعمه من عدم النفاذ معللا بأنه قضاء بالمرجوح اهـ وليس كذلك لما في السراجية من تصحيح أن الملقى يمتنع بقول الإمام على الإطلاق ، ثم يقول أبى يوسف ، ثم يقول محمد ثم يقول زفر ، والحسن بن زياد ، ولا يتحيز إذا لم يكن معتادا وقول الإمام مصحح أيضا فقد جزم به بعض أصحاب المتن : ولم يعولوا على غيره ورجحه ابن كمال في بعض مؤلفاته ، وإذا كان في المسألة قولان مصححان يجوز القضاء والإفتاء بأحدهما هذا حاصل ما ذكره المصنف وفيه نظر . فإن كتب المذهب مطبقة على ترجيح قولها بلزومه بلاحكم وبأنه الملقى به وفي الفتحة : أنه الحق كما رفعلى الملقى والقاضى العمل به وأما قوله جزم به بعض أصحاب المتن الخ ففيه أنهم ذكروا أولا قول الإمام . لكون المتن موضوعة لنقل مذهبه ثم ذكروا قولها وفعروا عليه . وأما قول السراجية إن الملقى يمتنع بقول الإمام على الإطلاق . ولا يتخير فذلك في غير ما صرح أهل المذهب بترجيح خلافه ، ولذا قال إذا لم يكن معتادا ، ولا شك أن أهل الاجتهاد في المذهب رجحوا قولها ، فعليتنا اتباع ترجيحهم وإلا كان عبثا كما رجحوا قولها في المراجعة والحجر ثبت أن قوله مرجوح والقضاء بالمرجوح غير صحيح . وأما ما أفق به قارى' الهداية فقد أفق نفسه بخلافه وقار لكن الفتوى على قولها أنه لا يشترط للزومه شئ مما شرطه أبو حنيفة ، فعلى هذا الوقف هو الأول وما فعله ثانيا لا اعتبار به إلا إن شرطه في وقفه اهـ وعن هذا قال في البحر : ولو قضى الحنفى بصحة بيعه فحكمه باطل لأنه لا يصح إلا بالصحيح الملقى به ، فهو معزول بالنسبة إلى القول الضعيف ولذا قال في القنية فالبيع باطل ولو قضى القاضي بصحته وقد أفق به العلامة قاسم وأما ما أفق به قارى' الهداية من صحة الحكم ببيعته قبل الحكم بوقفه فمحمول على أن القاضي يجتهد أو سهو منه اهـ فافهم .

[تنبيه] صريح كلام القنية المذكور أن البيع باطل لأفاسد قال المقدسى في شرحه : وقد وقع فيه اختلاف وأفق بعض مشايخ العصر بفساده ورتب عليه ملك المشتري إياه والصحيح أنه باطل ، وقد بينا ذلك في رسالة لما وقع الاختلاف في البلاد الرومية وأفق مقتضاها بمریان الفساد إذا بيع ملك ووقف صفقة واحدة ، وخالفه شيخنا السيد الشريف محيى الدين الشهير بمعلول أمير وألف جماعة من المصريين رسائل في ذلك حتى الشافعية كالشيخ

(١) (قوله والظاهر أن الحكم الخ) فيه أنه يقتضى اشتراط تقدم الدعوى والمنازعة والأمر ليس كذلك بل مجرد الإدراك في صحة البيع وبطلان الواقف اهـ .

وأفتى به تبعاً لشيخه وقارئ الهداية والمتلا في السعود :

قلت : لكن حمله في النهر على القاضي المجتهد فراجعه (ولو) أطلق القاضي البيع (لغيره) أي غير الوارث (لا) يصح بيعه لأنه إذا بطل عاد إلى ملك الوارث ، وبيع ملك الغير لا يجوز درر يعني بغير طريق شرعي لما في الهداية باع القيم الوقف بأمر القاضي ورأيه جاز :

قلت : وأما المسجل لو انقطع ثبوته وأراد أولاد الواقف إبطاله فقال المفتي أبو السعود في مروضاته قد منع القضاة من استماع هذه الدعوى انتهى فليحفظ (الوقف في مرض موته كهبة فيه) من الثلث مع القبض (فإن خرج)

ناصر الدين الطبرلاوي ، لما وقع بين قاضي القضاة نور الدين الطرابلسي وقاضي القضاة عبي الدين ابن إلياس اه (قوله وأفتى به) أي المصنف في فتاواه (قوله تبعاً لشيخه) أي صاحب البحر في فتاواه ، وقد علمت أنه في بحره ما ارتضاه (قوله لكن حمله في النهر) أي تبعاً للبحر كما علمت ومثل القاضي المجتهد من قلة مجتهدا يراه أفاده ح :

مطلب بيع الوقف باطل لا فاسد

(قوله لا يصح بيعه) يفيد أن إطلاق القاضي بيع الوقف لغير الوارث حكم بطلان الوقف ، ويعود إلى ملك الوارث غايته أن بيع غير الوارث باطل ، لأنه باع ملك الغير لكن ينبغي أن يكون البيع صحيحاً موقوفاً على إجازة الوارث كما لا يخفى اهـ لكن ليس في كلام الشارح ما يوجب البطلان ، لأن قوله لا يصح ، وقوله لا يجوز لا يقتضيه وليس في كلامه أيضاً ما يقتضي بطلان الوقف بمجرد إطلاق القاضي بيعه لغير الوارث ، وقوله : لأنه إذا بطل يعني بعد البيع (قوله لما في الهداية باع القيم الخ) ينبغي أن يكون هذا في صورة الاستبدال اهـ وعليه فالمراد بالمسوغ الشرعي وجود شرائط الاستبدال وقيد بأمر القاضي لأن الاستبدال إذا لم بشرطه الواقف لا يجوز لغير القاضي كما مر :

مطلب في الوقف إذا انقطع ثبوته

(قوله وأما المسجل الخ) ظاهره أنه ، مقابل قول المفتي غير المسجل ، فيكون المراد به المحكوم بلزومه وهذا لاشبهة في عدم صحة بيعه ما لم يصل إلى حال يجوز استبداله ، وأما لو انقطع ثبوته ففي الخصاف : أن الأوقاف التي تقدم أمرها ومات شهودها فإكان لها رسوم في دواوين القضاة ، وهي في أيديهم أجريت على رسومها الموجودة في دواوينهم استحسنوا إذا تنازع أهلها فيها وما لم يكن لها رسوم في دواوين القضاة القياس فيها عند التنازع أن من أثبت حقاً حكم له به اهـ وسيأتي تمامه في الفروع .

مطلب الوقف في مرض الموت

(قوله الوقف في مرض موته كهبة فيه) أي في مرض الموت أقول : إلا أنه إذا وقف على بعض الورثة ولم يجزه باقيم لا يبطل أصله ، وإنما يبطل ما جعل من الغلة لبعض الورثة دون بعض . فيصرف كل قدر موارثهم عن الواقف مادام الموقوف عليه حياً ، ثم يصرف بعد موته إلى من شرطه الواقف ، لأنه وصية ترجع إلى الفقراء وليس كوصية لوارث لا يبطل أصله بالرد نص عليه هلال رحمه الله تعالى فلهذه الدقيقة شريلاًلة وقد منّا نعام الكلام عليه عند قول المصنف أو بالموت (قوله من الثلث مع القبض) خبر ثان عن قوله الوقف ، أو متعلق بمحذوف وعبرة الدرر فيعتبر من الثلث ويشترط فيه ما يشترط فيها من القبض والإفراز وأصله في الخالية حيث

الوقف (من الثلث أو أجزائه الوارث نفذ في الكل وإلا بطل في الزائد على الثالث) ولو أجاز البعض جاز بقدره وبطل وقف راعن معسر ومريض مديون بمحيط بخلاف صحيح أو قبل الحجر

قال فيها قال الشيخ الإمام ابن الفضل : الوقف على ثلاثة أوجه إما في الصحة أوفى المرض ، أو بعد الموت فالقيص والإفراز شرط في الأول كالمية ، دون الثالث ، لأنه وصية وأما الثاني ، فكالأول وإن كان يعتبر من الثلث كالمية في المرض . وذكر الطحاوي أنه كالمضاف إلى ما بعد الموت وذكر السرخسي أن الصحيح : أنه كوقف الصحة حتى لا يمنع الإرث عند أبي حنيفة ، ولا يلزم إلا أن يقول في حياته وبعد مائى اه ملخصا وبه علم أن المراد بالقص قبض المتولى وهو مبنى على قول محمد باشرط التسليم والإفراز كأمير بيانه ، وإن الخلاف في كون وقف المرض كوقف الصحة أو كالمضاف إلى ما بعد الموت ثمرته في كونه لا يلزم على قول الإمام ، فإذا مات يورث عنه كوقف الصحة أو يلزم فلا يورث كالمضاف ، وحيث مشى الشارح على ترجيح قول أبي يوسف بعدم شترط قبض كان الأول له حذف قوته مع القبض ولثلا يوم أن المراد قبض الموقوف عليه (قوله أو أجزائه الوارث) أى وإن لم يخرج من الثلث (قوله وإلا بطل) إلا أن يظهر له مال آخر إسعاف وخانية (قوله ولو أجاز البعض) أى بعض الورثة جاز بقدره أى نفذ مما زاد على الثلث مألجازه وبطل باقى مازاد . وصورته : لو كان ماله تسعة ووقف في مرضه ستة ومات عن ثلاثة أولاد فأجاز أحدهم نفذ في واحد فيصح الوقف من أربعة ، وسياقى في كتاب الوصايا لو أجاز البعض ورد البعض جاز على المحيز بقدر حصته وسياقى بيانه إن شاء الله تعالى (قوله وبطل وقف راعن معسر) فيه مسامحة والمراد أنه سيظل فى الإسعاف وغيره : لو وقف الموهون بعد تسليمه صح ، وأحبره القاصى على دفع ماعليه إن كان موسرا وإن كان معسرا أبطل الوقف وباعه فيها عليه اه وكذا لو مات فلان عن وفاء عاد إلى الجهة وإلا بيع وبطل الوقف كما في الفتح (قوله ومريض مديون بمحيط) أى يدين بمحيط بماله وإن يباع وينقض الوقف بحر . وبأى عتزز المحيط وفى طعن الفواكه البدرية الدين المحيط بالتركة مانع من نفوذ الإعنة والإيقاف والوصية بالمال والمهاياة في عقود العوض في مرض الموت إلا بإجازة الدائنين وكذا يجمع من انتقال الملك إلى الورثة فيمنع تصرفهم إلا بالإجازة اه (قوله بخلاف صحيح) أى وقف مديون صحيح فإنه يصح ولو قصده به الماطلة ، لأنه صادف ملكه كما في أنفع الوسائل عن الدخيرة قال في الفتح : وهو لازم لا ينقضه أرباب الديون إذا كان قبل الحجر بالإتفاق لأنه لم يتعلق حقهم في حال صحته اه وبه أفق في الخبرية من البيوع وذكر أنه أفق به ابن نجيم وسياقى فيه كلام عن المعروضات (قوله لو قبل الحجر) أما بعده فلا يصح وقدنا أول الباب عند قوله وشرطه شرط سائر التبرعات عن الفتح أنه لو وقفه على نفسه ثم على جهة لانتقطع بيقضى أن يصح على قول أبي يوسف المصحح وعند الكل إذا حكم به حاكم اه ونقدم هناك الكلام عليه .

وحاصله : أن وقفه على نفسه ليس تبرعا (١) بقى أن عدم صحة وقف المحجور إنما يظهر على قولها بصحة حجر السفه أما على قوله فلا لأنه لا يرى صحة حجره فينتى تصرفه نافذا وعن هذا حكم بعض القضاة بصحة وقفه لأن القضاء بحجره لا يرفع الخلاف لوقوع الخلاف في نفس القضاء كما صرح به في الهداية ، فيصح الحكم بصحة تصرفه عند الإمام ، فيصح وقفه لكن الحكم بلزومه مشكل لأن الإمام وإن قال بصحة تصرفه لكنه لا يقول بلزوم الوقف والمقاتل بلزومه لا يقول بصحة تصرف المحجور فيصير الحكم بلزوم وقفه مركبا من مذهبين هذا حاصل

(١) (قوله ليس تبرعا) أى وهو إنما يحجر من التبرع قال شيخنا وفيه نظر فإنه وإن لم يكن تبرعا بالثقة لكنه تبرع بما هو اعظم منها وهو الدين فلهذا يكون وقفه باطلا على رأى صحيح الحجر اه .

إن شرط وفاء دينه من غنائه صح وإن لم يشترط يوفى من الفاضل عن كفايته بلا صرف ولو وقفه على غيره فغلت له من جعله له خاصة فتاوى ابن نجيم .

قلت : قيد بحيط لأن غير المحيط يجوز في ثلث ما بين بعد الدين لوله ورثة وإلا ففي كله ، فلو باعها القاصي ثم ظهر مال شري به أرض بدلها وتمناه في الإسعاف في باب وقف المريض وفي الوهبانية :
وإن وقف الموهون فافتكه يجوز فإن مات عن عين نفي لا يغير

أي وإلا فيبطل أو للعلة مجهول فليتأمل :

قلت : لكن في معروضات المفتي أبي السعود سئل عن وقف على أولاده وهرب من الديون هل يصح :

دكره في أضع الوسائل وأجاب عنه بأنه في منية المفتي جوز الحكم الملقق ، وقدمنا ما فيه عند الكلام على وقف المشاع (۱) (قوله فإن شرط وفاء دينه) أي وقفه على نفسه وشرط وفاء دينه منه كما في فتاوى ابن نجيم وحذقه الشارح استعانة بالمقابل وهو قوله ولو وقفه على غيره أحم (قوله يوفى من الفاضل عن كفايته) أي إذا فضل من علة الوقف شيء عن قوته فأنغمم أو يأخذوا منه لأن العلة بقيت على ملكه ذخيرة (قوله لوله ورثة) أي ولم يجهروا فقوله وإلا أي وإن لم يكن له ورثة أو كان وأجازوا أحم (قوله فلو باعها القاصي) أي في صورة المحيط أحم (قوله أي وإلا فيبطل) بالبائء للمجهول وهذا تصريح بالمفهوم : أي وإن لم يمت عن مال يفي بماله عليه من الدين ، فإن الوقف يغير أي يبطله القاصي ، وببيعة للدين قال الشربلاني في شرح الوهبانية : وهذا يخالف عنق العبد الرهن لا يباع ، ويسعى في الدين إن لم يزد على قيمته ، ولا يبطل العتق . وبمقت فاضل فقال : ينبغي أن لا يبطل الوقف ويؤخذ من غلته لوفاء الدين كسعاية العبد إذا لم يقدر بزمان : والجامع بينهما التحرير فإن الوقف تحرير عن البيع وتعلق حق الغير يقضى من ربه كسعاية العبد بل إنه أمكن إذ قد يموت العبد قبل أداء السعاية واعتقار بقى رعاية للمصلحة فليتأمل أحم مالي شرح الوهبانية :

قلت : وفيه نظر لظهور الفرق بين الوقف والعبد . فإن العتق عقد لازم واستملاك للرهن من كل وجه بخلاف الوقف ، فإنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة عند الإمام ، ولهذا يدوم الثواب بدوام لبقائه على ملكه ، وقد وقع الخلاف في عوده إلى ملك الواقف بعد خرابه . وفي جواز بيعه إذا أطلقه القاصي للواقف أو وارثه كما مر بخلاف العبد بعد العتق فإنه لا خلاف في عدم عوده إلى الملك ، فلذا كان الوقف موقوفاً على الفكاك فإذا افتكه نفذ . وإن لم يفتكه حتى مات وترك مالا فإنه يفتك منه ، وإن لم يترك مالا يبطل لتعذر الفكاك من العين بدوله والمنفعة كالسكب بخارجة عن الرهن ، فإن الذي كان للمرتين فيه حق الحبس إنما هو العين ، وأما العبد فلا يمكن رده بعد العتق إلى الملك بوجه فلذا يستسعى ولأن العتق من أول الأمر صدر منجزاً غير موقوف بخلاف الوقف هذا ما ظهر لي (قوله أو للعلة مجهول) حكاية قول آخر فليست أوفيه للتخيير ، لكن حامت أن هذا القول بحث غير منقول ، وأنه قياس مع الفارق فهو غير مقبول (قوله قلت لكن البيع) استدراك على قوله صحيح أحم والأقرب أنه استدراك على مالي الوهبانية فإنه في معناه أيضاً .

(۱) (قوله بل وقف المشاع) حاسل ما تقدم إن التعليق المتنوع إنما هو التعليق بين مذهبين أحدهما حديث لا يكون هذا الحكم باطلاً حصراً وده فبي أن كل قول للصاحبين مروى عن الإمام أحم وعلى هذا ما في المسألة .

فأجاب : لا يصح ولا يلزم والقضاء ممنوعون من الحكم وتسجيل الوقف بمقدار ما شغل بالدين انتهى فليحفظ (الوقف) على ثلاثة أوجه (١) للفقراء أو للأغنياء ثم الفقراء أو يستوى فيه الفريقان كرباط و خان ومقابر وسقايات وقناطر ونحو ذلك (كساجد وطواحين وطست لاحتياج الكل لذلك بخلاف الأدوية فلم يجوز لغنى بلا تعميم أو تنصيص فيدخل الأغنياء تبعاً للفقراء قتيبة (فرع) [أقر بوقف صحيح (١) وبأنه أخرجه من يده ووارثه يعلم خلافه حاز الوقف ولا تسمع دعوى وارثه قضاء درو وفي الوهبانية :

وتبطل أوقاف امرئ بارتداده

مطلب في وقف الراهن والمريض المديون

(قوله فأجاب لا يصح ولا يلزم الخ) هذا مخالف لصريح ما قول كما قدمناه عن الذخيرة والفتح إلا أن يخص المريض المديون وعبرة الفتاوى الاسماعيلية لا ينفذ القاضي هذا الوقف ويجبر الواقف على بيعه ووفاء دينه والقضاء ممنوعون عن تنفيذه كما أفاده المولى أبو السعود اه وهذا التعديل أظهر وحاصله أن القاضي إذا منعه السلطان عن الحكم به كان حكمه باطلاً لأنه وكيل عنه ، وقد نهاه الموكل صيانة لأموال الناس ، ويكون جبره على بيعه من قبل إطلاق القاضي بيع وقف لم يسجل وقد مر الكلام فيه وينبغي ترجيح بطلان الوقف بذلك لضرورة (قوله أو للأغنياء ثم الفقراء) أما للأغنياء فقط علم يجوز ، لأنه ليس بقربة كما مر أول الباب (قوله كساجد الخ) وكذا مصاحف مساجد وكتب مدارس كما هو ظاهر ما مر عند قوله ومنقول فيه تعامل (قوله لاحتياج الكل لذلك) أى للزور في الخلق والشرب من السقاية الخ زاد في الهداية أن الفارق بين الموقوف لليلة ، وبين هذا هو العرف فإن أهل العرف يربطون بذلك في الغلة للفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء (قوله بخلاف الأدوية) أى الموقوفة في التباخرانة فإن الحاجة إليها دون الحاجة إلى السقاية ، فإن العطشان لو ترك شرب الماء ياتم ، ولو ترك المريض التداوى لا ياتم أفاده ح عن المنع (قوله فيدخل الأغنياء تبعاً) هذا في التعميم أما في التنصيص فهم مقصودون اه ح (قوله وبأنه أخرجه من يده) أى سلمه إلى المتولى على قول محمد بأن ذلك شرط ، وقوله صحيح يغني عنه ، لأن صحة الوقف باستيفاء شروطه (قوله ووارثه يعلم خلافه) أى أنه لم يقفه ولم يخرج من يده درو (قوله قضاء) أما في الديانة فنسمع دعواه بمعنى يسوغ له السعى في إبطاله ، وأخذ نفسه حيث علم أن إقرار موثره كاذب في نفس الأمر وأنه باق على ملكه ، لأن الحكم يجوز إتمامه هو بناء على ما أقر به لاهل نفس الأمر .

مطلب في وقف المرتد

(قوله وتبطل أوقاف امرئ بارتداده الخ) لا محل لذكره هنا ، ومحل أول الباب ، وقد ذكره هناك عن الفتح .
وحاصله مسألتان : إحداهما : لو وقف ، ثم ارتد والعياذ بالله تعالى بطل وقفه ، وإن عاد إلى الإسلام ، فلم يعد وقفه بعد عوده لمحوط عمله بالردة ونظر فيه ابن الشحنة في شرحه بأن الجبوت في إبطال الثواب ، لا فيما تعلق به حق الفقراء ، وأجاب الشربلالي في شرحه بما في الإسماعيل ، من أنه لما جعل آخره للمساكين وذلك قرينة بطل اه .

(١) (قول الشارح أقر بوقف صحيح) برفع صحيح فاعل أقر لإخراج المريض فإن وقفه إنما ينفذ من الثلث اه .

فحال ارتداد منه لا وقف أجدر

فصل يراعى شرط الواقف في إجارتها

فلم يزد القيم بل القاضى لأن له ولاية النظر لتقرير وغائب وميت (فلو أهمل الواقف مدتها قبل تطلق) الزيادة القيم (وقبل تقيد بسنة) مطلقا (وبها) أى بالسنة (يقضى في الدار وبثلاث سنين في الأرض)

قلت : وهذا الجواب غير ملائق للسؤال وإنما ذكره في الإسعاف جوابا عن سؤال آخر ، وهو أنه إذا وقفه على قوم بأعيانهم لم يكن قرية فأجاب بما ذكر :

فالجواب الصحيح : أن الوقف على الفقراء قرية باقية إلى حال الردة والردة تبطل القرية التي قارنتها كما لو ارتد في حال صلاته أو صومه . بخلاف ما إذا ارتد بعد صلاته أو صيامه ، فإنه لا يبطل نفس الفعل ، بل ثوابه فقط وأما حق الفقراء ، فلأنما هو في الصدقة فقط . فإذا بطل التصديق الذي هو معنى الوقف بطل حقهم ضمننا وإن كان لا يمكن إبطاء قصدنا كما يبطل في خراب الوقف وخروجه عن المنفعة هذا ماضى لى فافهم :

الثانية : لو وقف في حال رده فهو موقوف عند الإمام ، فإن عاد إلى الإسلام صح وإلا بأن مات أو قتل على رده أو حكم بلحاقه بطل ، ولا رواية فيه عن أبى يوسف ، وعند محمد يجوز منه ما يجوز من القوم الذين انتقل إلى دينهم ووصح وقت المرتدة لأنها لا تقتل إلا أن يكون على حي أو عرة ونحو ذلك فلا يجوز كما في شرح الوهبانية ملخصا (قوله فحال ارتداد) متصوب على الظرفية متعلق باسم لا وأجدر أى أحق أخبرها ، والمعنى لا يكون الوقف حال الردة أحق بالبطالان من الوقف قبلها بل ذلك أحق بالبطالان لعدم توقفه هذا ماضى لى فافهم والله سبحانه أعلم :

فصل

هذا الفصل مشتمل على بيان أحكام إجارة الوقف وغصبه والشهادة عليه والدعوى به ، والمتولى عليه وما يتبع ذلك وزاد فيه الشارح فروعا مهمتها فوائد جمعة (قوله يراعى شرط الواقف في إجارتها) أى وغيرها لما سيأتى في الفروع من أن شرط الواقف كنص الشارح كما سيأتى بيانه إلا في مسائل تقدمت (قوله فلم يزد القيم الخ) يعنى إذا شرط الواقف أن لا يؤجر أكثر من سنة ، والناس لا يرغبون في استئجارها وكانت إجارتها أكثر من سنة أنفع للفقراء ، فليس لقيم أن يؤجرها أكثر من سنة بل يرفع الأمر للقاضى ، حتى يؤجرها ، لأن له ولاية النظر للفقراء والغائب والميت ، وإن لم يشترط الواقف للقيم ذلك بلا إذن القاضى كما في المنع من الخالية ، ولو استثنى فقال لا تؤجر أكثر من سنة إلا إذا كان أنفع للفقراء فلقيم ذلك إذا رآه خيرا بلا إذن القاضى إسعاف (قوله فقير) أى فيها إذا كان الوقف على الفقراء . ومثله الوقف على المسجد . وكذا الوقف على أولاد الواقف ، لأن منهم الفقير والغائب بل ومن لم يخلق عند الإجارة (قوله وغائب وميت) فإنه يحفظ النقطة ومال المفقود ومال الميت إلى أن يظهر له وراث أو وصى (قوله وقبل تقيد بسنة) لأن المدة إذا طاللت تؤدي إلى إبطال الوقف ، فإن منع رآه يتصرف بها تصرف الملاك على طول الزمان بظنه مالكا إسعاف (قوله مطلقا) أى في الدار والأرض (قوله وبثلاث سنين في الأرض) أى إذا كان لا يتمكن المستأجر من الزراعة فيها إلا في الثلاث كما قيده المصنف تبعا للدرو حيث قال : يعنى أن الأرض إن كانت مما تزرع في كل سنتين مرة ، أو في كل ثلاث كان له أن يؤجرها مدة يتمكن فيها من الزراعة اهـ ، ومثله في الإسعاف وكذا في الخالية لكن ذكر فيها بعد ذلك قوله وعن الإمام أبي حفص البخارى أنه كان يميز إجارة الضياع ثلاث سنين ، فإن أجبر أكثر اختلغا فيه وأكثر مشايخ ناخ لا يجوز وقال غيرهم : يرفع الأمر إلى القاضى حتى يبطله وبه أخذ الفقيه أبو الليث اهـ وظاهر مجواز الثلاث بلا تفصيل تأمل وأن مختار الفقيه جواز الأكثر ، ولكن للقاضى

إلا إذا كانت المصلحة بخلاف ذلك وهذا مما يختلف زمانا وموضعا وفي البرازية: لو احتيج لذلك بعقد عقودا فيكون العقد الأول لازما لأنه تاجز والثاني لا لأنه مضاف .

إيطاليا أى إذا كان أنفع للوقف ، ثم رأيت الشرنبلالى اعترض على الدور بأنه أخرج المن عن ظاهره والفتوى على إطلاق المن كما أطافه شارح الجمع ، وهو قول الإمام أبى حفص الكبير اه .
واعلم أن المسألة فيها ثمانية أقوال ذكرها العلامة قنالى زاده فى رسالته أحدها: قول المتقدمين عدم تقدير الإجارة بمدة ووجهه فى أنفع الوسائل ، والمفتى به ما ذكره المصنف خوفا من ضياع الوقت كما علمت (قوله إلا إذا كانت المصلحة بخلاف ذلك) هذا أحد الأقوال الثمانية ، وهو ما ذكره الصدر الشهيد من أن المختار أنه لا يجوز فى الدور أكثر من سنة إلا إذا كانت المصلحة فى الجواز ، وفى الضياع يجوز إلى ثلاث سنين إلا إذا كانت المصلحة فى عدم الجواز وهذا أمر يختلف باختلاف المواضع واختلاف الزمان اه وعزا المصنف إلى أنفع الوسائل وأشار الشارح إلى أنه لا يتخالف ما فى المتن ، لأن أصل عدول المتأخرين عن قول المتقدمين بعدم التوقيت إلى التوقيت إنما هو بسبب الخوف على الوقف فإذا كانت المصلحة الزيادة أو النقص اتبعت ، وهو توفيق حسن .

ومن فروع ذلك ما فى الإصعاف : دار لرجل فيها موضع وقف بمقدار بيت واحد ، وليس فى يد المتوفى شئ من غلة الوقف وأراد صاحب الدار استئجارها مدة طويلة قالوا إن كان لذلك الموضع مسلك إلى الطريق الأعظم لا يجوز له أن يؤجره مدة طويلة لأن فيه إبطال الوقف وإن لم يكن له مسلك جاز اه وفى فتاوى قارى الهداية إذا لم تحصل عمارة الوقف إلا بذلك يرفع الأمر للحاكم ليؤجره أكثر اه أى إذا احتيج إلى عمارته من أجرته يؤجره الحاكم مدة طويلة بقدر ما يعمر به .

[فنييه] عمل ما ذكر من التقييد ما إذا كان المؤجر غير الواقف لما فى الفقيه أجر الواقف عشر سنين ثم مات بعد خمس وانتقل إلى مصرف آخر انتقضت الإجارة (١) ويرجع بما بقى فى تركه الميت اه تأمل .

مطلب أرض الينيم وأرض بيت المال فى حكم أرض الوقف

ثم إن أرض الينيم فى حكم أرض الوقف كما ذكره فى الجوهرة ، وأفتى به صاحب البحر والمصنف كذا أرض بيت المال كما أفتى به فى الخيرية وقال من كتاب الدعوى إن أرض بيت المال جرت على رقبته أحكام الوقف المؤبدة (قوله لو احتيج لذلك) أى الإيجار إلى مدة رائدة عن التقدير المذكور أى بأن لم تحصل عمارة الوقف إلا بذلك كما ذكرناه آنفا عن قارى الهداية : (قوله بعقد عقودا) أى عقودا متراصة كل عقد سنة بكذا خانية والظاهر أن هذا فى الدار ما فى الأرض فيصح كل عقد ثلاث سنين : وصورة ذلك أن يقول : أجرتك الدار الفلانية سنة تسع وأربعين بكذا وأجرتك لها سنة خسين بكذا وأجرتك لها سنة إحدى وخسين بكذا وشكلا إلى تمام المدة .

مطلب فى لزوم الأجرة المضافة تصحيحا

(قوله والثانى لا) أى لا يكون لازما وأراد بالثانى ما عدا العقد الأول ، لأن جميع ما عدا مضاف لكن قال قاضيهان وذكر خمس الأئمة السرخسى : أن الإجارة المضافة تكون لازمة فى إحدى الروايتين وهو الصحيح ، وأيضا اعترض

(١) (قوله انتقضت الإجارة) هذا خلاف المعتمد والأصح عدم انتقاضها فى الوقت بموت المؤجر ولو هو الواقف اه .

قلت : لكن قال أبو جعفر الفتوى على إبطال الإجارة الطويلة ولو يعقود ذكره الكرماني في الباب التاسع عشر وأقره قلدرى أفندي وسيجيء في الإجارة (ويؤجر) بأجر (المثل) (لا) يجوز (بالأقل)

قاضيهان قولهم إن احتاج القيم إلى تعجيل الأجرة يعقد عقودا مترادفة بأنهم أجمعوا على أن الأجرة لا تملك في الإجارة المضافة بإشتراط التعجيل : أي فيكون المستأجر الرجوع بما يحمله من الأجرة فلا يكون هذا المقدم فيدا لكن أوجب العلامة قتالي زيادة بأن رواية عدم لزوم الإجارة المضافة مصححة أيضا وبأن قاضيهان نفسه أوجب في كتاب الإجازات عن الثاني بقوله : لكن يجاب عنه بأن ملك الأجرة عند التعجيل فيه روايتان : فيؤخذ برواية الملك هنا للحاجة ، وهذا ينافي دعواه الإجماع هنا :

قلت : وقد ذكر الشارح في أواخر كتاب الإجارة أن رواية عدم الزوم تأيدت بأن عليها الفتوى ، أي فتكون أصح التصحيحين لأن لفظ الفتوى في التصحيح أقوى ، لكن أنت خير بأن رواية عدم الزوم هنا لا تنفع لأنه ثبت لمستأجر المسخ فيرجع بما يحمله من الأجرة وإن قلنا إنها تملك بالتعجيل فينبغي (١) هنا ترجيح رواية الزوم للحاجة نظير ما قاله قاضيهان في رواية الملك .

مطلب في الإجارة الطويلة يعقود

(قوله الفتوى على إبطال الإجارة الطويلة ولو يعقود) أي لتحقق المخذور المار فيها ، وهو أن طول المدة يؤدي إلى إبطال الوقف كما في الذخيرة :

قلت : سكن الكلام هنا عند الحاجة فإذا اضطر إلى ذلك لحاجة عمارة الوقف بتعجيل أجرة سنتين ، مستقبلة يزول المخذور الموهوم عند وجود الضرر المتحقق فالظاهر تخصيص بطلان هذه الإجارة بما عدا هذه الصورة وهو جعلها حيلة لتطويل المدة فتدبر : ثم رأيت ط نقل عن الهندية أن بعض الصكاكين أرادوا بهذه الإجارة إبقاء الوقف في يد المستأجر أكثر من سنة فقال الفقيه أبو جعفر : إنا نبطلها صيانة للوقف وعليه الفتوى كلما في المضمرات اه ملخصا وأنت خير بأن هذا دليل على ما قلنا من أن إبطالها عند عدم الحاجة فلا يناسب ذكره هنا فافهم .

مطلب لا يصح إيجار الوقف بأقل من أجرة المثل إلا عن ضرورة

(قوله فلا يجوز بالأقل) أي لا يصح إذا كان بغبن فاحش كما يأتي قال في جامع الفصولين إلا عن ضرورة وفي فتاوى الخانقاري شرط إجارة الوقف بدون أجرة المثل إذا نابت نابتة أو كان دين اه :

مطلب في استئجار الدار المرصد بدون أجرة المثل

قلت : ويؤخذ منه وبما عزا للأشياء جواز إجارة الدار التي عليها مرصد بدون أجرة المثل ، ووجه ذلك : أن المرصد دين على الوقف ينفقه المستأجر لعمارة الدار لعدم مال حاصل في الوقف فإذا زادت أجرة مثلها بهذه العمارة

(١) (قوله فينبغي الحج) فيه أنه لا حاجة حينئذ لتعدد العقود بل يكفي عقد ففقد وجه المظهر في كل من الروايتين قال شيخنا ويمكن أن يختار رواية عدم الزوم ولا تسل قول المحقق إنها لا تنفع لأنه إذا فسح المستأجر به صرف الحفاظ ما لم يخل منه يكون ماله وهنا على الوقف بأمره منه حصول غلة فهذا قد وجد الصبح ومع ذلك قد حصلت المنفعة للوقف في الجملة اه .

واو هو المستحق قارىء الهداية إلا بنقصان يسير أو إذا لم يرغب فيه إلا بأقل أشباهه (فلو رخص أجره) بعد العقد (لا يفسخ العقد) للزوم الضرر (ولو زاد) أجره (على أجر مثله)

التي صارت للوقف لا تنزله الزيادة لأنه إذا أراد الناظر إيجار هذه الدار لمن يدفع ذلك المرصد لصاحبه لا يرضى باستئجارها بأجرة مثلها الآن لكن أتقى في الخيرية بلزوم الأجرة الزائدة ولعله محمول على ما إذا كان في الوقف مال وأراد الناظر دفع المرصد منه فحينئذ لا شك في لزوم الزيادة فتأمل (قوله ولو هو المستحق) الضمير راجع للمؤجر وعبرة قارىء الهداية مثل عن مستحق لوقف عليه هو ناظره أجره بدون أجرة المثل هل يصح ذلك ، فأجاب : لا يجوز ذلك وإن كان هو المستحق لما يصل إليه (١) من الضرر للوقف. بالأجرة أه أى لاحتمال موته . فيصر بمن بعده من المستحقين ، وربما يتضرر الوقف أيضا الآن إذا كان محتاجا للضمير وأما ما يوجد في بعض نسخ الشرح من قوله لجواز أن يموت قبل انقضاء المدة وتفسخ هذه الإجارة أه فهو غير ظاهر لأنها لا تنسخ بموت الناظر على أن الضرر إنما هو في إيقاعها بالأجرة القليلة لافي فسخها لأنها إذا فسخت تؤجر بأجر المثل فلا يتضرر أحد تأمل ، ولا يجوز إرجاع الضمير في قوله ولو هو المستحق إلى المستأجر إذ الظاهر أنه لا ضرر فيه على أحد بعده لانقضاءها بموته فافهم (قوله إلا بنقصان يسير) هو ما يتغابن الناس فيه إسعاف أى ما يقبلونه ولا يعدونه غبا .

مطلب ليس للناظر الإقالة

(قوله لا يفسخ العقد) أى لو طلب المستأجر فسخه لا يجيبه الناظر للزوم الضرر على الوقف قال في الفتح وليس أه الإقالة إلا إن كانت أصلح للوقف .

مطلب فيما زاد أجر المثل بعد العقد

(قوله ولو زاد أجره) أى بعد العقد على أجر مثله أى الذى كان وقت العقد ، وقيد في الحاوى القديسى الزيادة بالفاحشة قال في البحر ، وهو بدل على عدم نقضها باليسيرة ولعل المراد بالفاحشة مالا يتغابن الناس فيها كما مر في طرف النقصان ، والواحد في العشرة يتغابن الناس فيه كما ذكروه في كتاب الوكالة ، وهذا قيد حسن يجب حفظه فإذا كانت أجرة دار عشرة مثلا وزاد أجر مثلها واحدا فإنها لا تنتقص كما لو أجرها المتولى تسعة فإنها لا تنقص بخلاف الدرهمين في الطرفين أه .

قلت : لكن نقل اليرى وغيره عن الحاوى الحصري أن الزيادة الفاحشة مقدارها نصف ما أجر به أولا أه وأنت خبير بأن هذا يرد ما بحثه في البحر . نعم في إيجارات الخيرية ما يفيد أن المراد بها قدر الخمس ، وهو عين ما بحثه في البحر وفي الخلاصة إن أجره المتولى بأجر مثله أو بقدر ما يتغابن الناس فيه ، فإنه لا تنسخ الإجارة وإن جاء آخر وزاد في الأجرة درهمين في عشرة فهو يسير حتى أو أجر بشعالية وأجر مثله عشرة لا تنسخ أه فهذا صريح في أن الخمس قليل في طرفي الزيادة والنقصان ، فلا تنسخ به الإجارة الكن في وكالة البحر عن السراج أن ما يتغابن الناس فيه نصف العشر أو أقل فلو أكثر فلا ثم نقل بعده تفصيلا وهو أن ما يتغابن الناس فيه في العروض نصف العشر وفي الحيوان العشر وفي العقار الخمس ، وما خرج عنه فهو بما لا يتغابن فيه ، ووجهه كثرة التصرف في العروض وقلته في العقار وتوسطه في الحيوان وكثرة الغبن لقلة التصرف فهذا يؤيد بحث البحر هنا ، وعليه عمل الناس اليوم . وانظر ما في

(١) (قوله لما يصل إليه الخ) أى إل المستحق لكن لا بالمعنى الأول يعنى المؤجر بل بمعنى الإسعاف الآف ففهم استتمام أه .

قيل يعقد ثانياً به على الأصح) في الأشباه ولو زاد أجر مثله في نفسه بلا زيادة أحد ظلمتولى فسحقها به يفتى
ومالم يفسخ فله المسمى (وقيل لا) يعقد به ثانياً (كزيادة) واحد (تعتا) فلانها لا تعتبر وسيجيء في الإجارة
(والمستأجر الأول أولى من غيره إذا قبل الزيادة والموقوف عليه الغلة) أو السكنى

جامع الفصولين آخر الفصل السابع والعشرين ، فإنه نقل التفصيل ثم قال وقيل مالا يدخل تحت تقويم المقومين
بما ليس له قيمة معلومة ، فلو علمت كضخم شراء بيسير الثمن لا ينفذ على الموكل وبه يفتى ، ونقل الخبير الرملى
في حاشيته عليه عن البحر والمنع وغيرها أن الأخير هو الصحيح .

قلت : والظاهر أن القول بالتفصيل بيان لهذا القول تأمل :

[تنبيه] حرر في البحر أن طريق علم القاضي بالزيادة أن يجمع رجلا من أهل البصر والأمانة فيؤخذ
بقولهما معا عند محمد وعندهما قول الواحد يكفى ١١ (قوله قيل يعقد ثانياً) أى مع المستأجر الأول كما به عليه
بعده وقوله به أى بأجر المثل ، والمراد أنه يجدد العقد بالأجرة الزائدة ، والظاهر أن قبول المستأجر الزيادة يكفى
عن تجديد العقد (قوله في الأشباه الخ) هو عين ما في المتن لكنه نقله لأمر سكت عنها المتن : أولها : أنه ليس
المراد بالزيادة ما يشمل زيادة تمت : أى لإضرار من واحد أو اثنين فلانها غير مقبولة بل المراد أن تزيد في نفسها
عند الكل كما صرح به الأسديجاني ، وأفاد أن الزيادة من نفس الوقف لأمر حمارة المستأجر بماله لنفسه كما في
الأرض المحتكرة لأجل العمارة كما مر قبل الفصل : ثانياً : التصحيح بأنه به يفتى فإنه أقوى . ثالثاً : أنه
لا يفسخ العقد بمجرد الزيادة بل يفسخ المتولى كما حرره في أنفع الوسائل وقال فإن امتنع يفسخه القاضي :
رابعاً : أنه قبل الفسخ لا يجب إلا المسمى وإما تجب الزيادة بعده (قوله وقيل لا يعقد به ثانياً) أى لا يفسخ
ولا يعقد بناء على أن أجر المثل يعتبر وقت العقد ، وهذا رواية فتاوى سمرقند ، وعليها مثنى في التجنيس لصاحب
الهداية والإسعاف والأولى رواية شرح الطحاوى بناء على أن الإجارة تنعقد شيئاً فشيئاً والوقف يجب له النظر :
(قوله والمستأجر الأول أولى الخ) تقييد لقوله يعقد ثانياً والمراد إذا كان مستأجراً لإجارة صحيحة وإلا فلا
حق له وتقبل الزيادة ويخرج كما في البحر ، وقوله : إذا قبل الزيادة أى الزيادة المعتبرة عند الكل كما مر بيانه :
لأن قبلها فهو الأحق وإلا أجراها من الثاني إذا كانت الأرض خالية من الزراعة ، وإلا وجبت الزيادة على
المستأجر الأول من وقتها إلى أن يستحصد الزرع ، لأن شغلها بملكه يمنع من صحة إيجارها لغيره فإذا استحصد
فسخ وأجر من غيره ، وكذا لو كان بنى فيها أو غرس ، لكن هنا يبقى إلى انتهاء العقد لأنه لانهائية معلومة لبناء
والغراس بخلاف الزرع فإذا انتهى العقد فقد مر بيانه قبل الفصل في قوله : وأما حكم الزيادة في الأرض المحتكرة الخ
وقدما أن المناسب ذكرها هنا .

مطلب مهم في معنى قولهم المستأجر الأول أولى

[تنبيه] قد علم مما قرأناه أن قولهم إن المستأجر الأول أولى إنما هو فيما إذا زادت أجرة المثل في أثناء المدة
قبل فراغ أجرته وقد قبل الزيادة ، أما إذا فرغت مدته ، فليس بأولى إلا إذا كان له فيها حق القرار ، وهو المسمى
بالكردار على ما قدمناه مبسوطاً في مسألة الأرض المحتكرة من أن له الاستبقاء بأجرة المثل دفعا للضرر عنه مع
عدم الضرر على الوقف وأن هذا مستثنى من إطلاق عبارات المتن والشروح المفيدة لوجوب القلع والتسليم بعد
مضى مدة الإجارة فهذا وجه كونه أحق بالاستئجار من غيره ، وأما وجهه في مسألة زيادة أجرة المثل في أثناء

(لا يملك الإجارة) ولا الدعوى لو غضب منه الوقف

المدة ، فهو أن مدة إجارته قائمة لم تنقض ، وقد عرض في أثناءها ما يسوغ الفسخ وهو الزيادة العارضة ، فإذا قبلها ورضى بدفعها كان أولى من غيره لزوال ذلك المسوغ في أثناء مدته ، فلا يسوغ فسخها وإيجارها لغيره ، بل تخرج منه بالزيادة المذكورة إلى تمام مدته ثم يؤجرها ناظر الوقف لمن أراد وإن قبل المستأجر الأول الزيادة لزوال حلة العلة الحقيقية وهي بقاء مدة إجارته إلا إذا كان له فيها حق القرار فهو أحق من غيره ، ولو بعد تمام المدة لهذه العلة الأخرى كما علمت . وبهذا ظهر أن المستأجر لأرض الوقف ونحوها من حانوت أودار ، إذا لم يكن له فيها حق القرار المسمى بالكردار لا يكون أحق بالاستئجار بعد فراغ مدة استئجاره ، سواء زادت أجرة المثل أولا ، وسواء قبل الزيادة أولا خلافا لما يفهمه أهل زماننا من أنه أحق من غيره مطلقا ، ويسمونه ذا اليد ويقولون : إنه متى قبل الزيادة العارضة لا تخرج لغيره ويحكون بذلك ويقولون به مع كونه مخالفا لما أطيقت عليه كتب المذهب من متون وشروح وفتاوى بل مستندهم إطلاق عبارة المصنف هنا ، وهو باطل قطعا لما علمت من أنه مصور في زيادة أجرة المثل قبل انتهاء مدة (١) الإجارة كما هو صريح عباراتهم ، ولم يقل أحد بإطلاقه ولا يفتي مع ذلك مافيه من الفساد وضياح الأوقاف حيث لزم من إبقاء أرض الوقف بيد مستأجر واحد مدة مديدة تؤديه إلى دعوى يملكها ، مع أنهم منعوا من تطويل مدة الإجارة خوفا من ذلك كما علمت ، وهذا خلاصة ما ذكرته في رسالتي المسماة بتحرير العبارة فيمن هو أولى بالإجارة ، وبإرجعنا يظهر لك العجب العجيب وتقف على حقيقة الصواب والحمد لله المنعم الوهاب .

مطلب الموقوف عليه لا يملك الإجارة

(قوله لا يملك الإجارة) لأنه يملك المنافع بلا بدل فلم يملك تملكها ببدل وهو الإجارة والإملك أكثر مما يملك (٢) بخلاف الإجارة ط (قوله ولا الدعوى لو غضب منه الوقف) ظاهره أنه لا يملك دعوى العين فقط ، مع أن دعوى الغلة كذلك في جامع الفصولين : ادعى الموقوف عليه أنه وقف عليه لو ادعاه بإذن القاضي يصح وفاقا ، وبغير إذن فففيه روايتان والأصح : أنه لا يصح ، لأن له حقا في الغلة لا غير ، فلا يكون خصما في شيء آخر ولو كان الموقوف عليه جماعة فادعى أحدهم أنه وقف بغير إذن القاضي لا يصح رواية واحدة ، ومستحق غلة الوقف لا يملك دعوى غلة الوقف وإنما يملكه المتولى اهـ .

مطلب في دعوى الموقوف عليه

فأفاد أن دعوى الموقوف عليه في الغلة كدعوى عين الوقف ، لكن تعليله للأصح بأن له حقا في الغلة لا غير بفيد صحة دعواه بها ، وقد يجاب بأن عدم دعواه إذا كان الموقوف عليه جماعة بخلاف ما إذا كان واحدا : وادعى بها لأنه يريد إثبات حقه فقط ، ويؤيده قوله بعد مامر ، ولو كان الوقف على رجل معين قبل

(١) (قوله في زيادة أجرة المثل قبل انتهاء مدة الخ) قال شيخنا لكن رأيت في بعض شروح الأشباه ما يصح به عرض المؤجر الزيادة بعد تمام المدة على المستأجر الأول فإن قبلها وإلا أجر من غيره ومع ذلك لو أجر لغيره بدون عرض صح اهـ لهذا يؤيده ما عليه الأصل اليوم اهـ

(٢) (قوله وإلا يملك أكثر مما يملك الخ) أي وهذا يمنع حيث لم يملك العين من كل وجه بخلاف ما إذا ملك من كل وجه إلا ترى الوجه له بغير عرض أو الوارث مثلا حيث يملك البيع والمبة بغير عرض اهـ .

(إلا بقولية) أو إذن قاض ولو الوقف على رجل معين على ما عليه الفتوى عمادية لأن حقه في الغلة لا العين

يجوز أن يكون هو المتولي بقية إطلاق القاضى إذا لحق لا بعده، وينفى بأنه لا يصح لأن حقه أخذ الغلة لا التصرف في الوقف اه فإذا كان حقه أخذ الغلة وغصبها غاصب ، ينبغي أن لا يتردد في سماع دعواه عليه ليصل إلى حقه وفي فتاوى الحنفى : والحق أن الوقف إذا كان على معين تصح الدعوى منه ، وظاهر سماعها على عين الوقف أيضا ولذا قال في نور العين إن الغلة تمام الوقف فبزوال الوقف يزول الغلة فيصير كأن الموقوف عليه ادعى شطر حقه فينبى أن تكون رواية الصحة هي الأصح اه : واستشهد في البرازية لهذه الرواية بعدة مسائل عن الخصاف .

قلت : وكذا في الإسماعف ادعى أحد الموقوف عليهم على واحد منهم أنه باع الوقف من الغاصب وسلمه إليه ورهن ، أو نكل الآخر يقضى عليه بقيمته ويشتري بها ضيقة توقف كالأول اه وفي التتارخانية عن المحط : أرض في يد رجل يزعم أنها ملكه فادعى قوم أنه وقفها عليهم قبلت بينهم ، وحكمت عليه بالوقف ، وأخرجتها من يده قال وهذه المسألة تصریح بأن الدعوى من الموقوف عليه صحيحة اه :

قلت : وبني ماله ادعى رجل على المتولى بأنه من الموقوف عليهم ، وأن له حقا في غلة الوقف أو بأن حقه فيها كذا أكثر مما كان يعطيه ، وينفى عدم التردد أيضا في سماعها لأنه يزيد مجرد إثبات حقه ، وبؤيده ما في الإسماعف لو منع الواقف أهل الوقف مسمى لم فطالبوه به ألزمه القاضى بدفع ما في يده من غلته اه وكذا ما سذكره الشارح بعد صفحة عن المصنف والحنانية وذكر في البرازية في الفصل السادس مع الوقف عدة مسائل من هذا القبيل منها : دعواه أنه من قراء القرابة فراجع ، وسذكر المصنف أن بعض المستحقين ينتصب خصما عن الكل إذا كان أصل الوقف ثابتا وهو صريح في صحة دعوى أحد الموقوف عليهم ، ولم يقيدوه بإذن القاضى فيحمل مامر من عدم سماعها رواية واحدة على ما إذا لم يكن أصل الوقف ثابتا ، وهذا مؤيد لما قلناه من صحة دعواه على المتولى بأنه من الموقوف عليهم أو باستحقاقه فتأمل هذا .

واعلم : أن عدم ملكه الدعوى في عين الوقف لا ينافي قبول الشهادة لأنها تقبل حسبة وإن لم تصح الدعوى كما سذكره المصنف قريبا ويأتى بيانه بل سياقنا متنا أنه لو باع دارا ثم ادعى أنى كنت وقفنا أوقال وقف على لم يصح ولو أقام بينة قبلت ويأتى تمام الكلام عليه .

مطلب إذا كان الوقف على معين قيل يجوز أن يكون هو المتولى

(قوله لا بقولية) أى بأن يكون متوليا من قبل أو ينصبه القاضى متوليا لسمع دعواه كما في البرازية وفيها أيضا أنه تصح دعوى الواقف (قوله أو إذن قاض) بالدعوى والإيجار (قوله ولو وقف على رجل معين الخ) هذا في الدعوى وقد علمت بيانه وأما الإيجار ، فلم يذكره في العمادية على هذا الوجه ، بل قال : الموقوف عليهم لم يملكوا إجارة الوقف ، وقال الفقيه أبو جعفر : لو كان الأجر كله للموقوف عليه ، بأن كان لا يحتاج إلى العمارة ، ولا شريك معه في الغلة ، فحينئذ يجوز في الدور والحنانية ، وأما الأراضي فإن شرط الواقف تقديم العشر والخراج وسائر المؤن ، وجعل للموقوف عليه الفاضل لم يكن له أن يجرها ، لأنه لو جاز كان كل الأجر له بحكم العقد ، فيفوت شرط الواقف ، ولو لم يشترط يجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤن عليه اه ونحوه في الإسماعف .

وهل يملك السكنى من يستحق الربع في الوهبانية لا وفي شرحها للشرنبلالي والتحرير نعم (و) الموقوف (إذا آجره المتولى بدون أجر المثل لزِم المستأجر) لا المتولى كما غلط فيه بعضهم (تمامه) أى تمام أجر المثل (كأب) وكذا وصى خانية (أجر منزل صغيره بدونه) فإنه يلزم المستأجر تمامه إذ ليس لكل منهما ولاية الخط والإسقاط وفي الأشياء عن القنية : أن القاضى يأمره بالاستئجار بأجر المثل وعليه تسليم زود السنين الماضية ، ولو كان القيم ساكتا مع قدرته حل الرفع للقاضى لا غرامة عليه ، وإنما هى على المستأجر وإذا ظفر الناظر بمال الساكن فله أخذ النقصان منه فيصرفه في مصرفه قضاء وديانة اه فليحفظ .

قلت : وقيد بإجارة المتولى لما في غصب الأشياء لو آجر الغاصب ما منافعه مضمونة من مال وقف أو يتم أو معد فعل المستأجر المسمى لا أجر المثل ، وعلى الغاصب رد ما قبضه لا غير

مطلب في إيجار الموقوف عليه إذا كان معيناً

فقد علم صحة إيجار الموقوف عليه إذا كان معيناً بهذه الشروط . ويشترط أيضاً أن يؤثر أجره المثل لإلزام يصبح كإيجار عن قارى الهداية :

قلت : وينبى عدم التردد في صحة إيجاره إذا شرط الواقف التولية ، والنظر للموقوف عليهم ، أو للأرشد منهم وكان هو الأرشد أو لم يوجد غيره لأنه حينئذ يكون متدوب الواقف (قوله وهل يملك السكنى الغ) قد مدنا بيان ذلك عند قول المتن ولو أبى أو عجز عمر الحاكم بأجرتها (قوله كما غلط فيه بعضهم) منشأ غلطه أنه وقع في عبارة الخلاصة لزمه فأرجع ذلك البعض الضمير للمتولى ، مع أنه للمستأجر كتابته عليه العلامة قاسم في فتاواه مستنداً إلى النقول الصريحة .

مطلب إذا آجر المتولى بغبن فاحش كان خيانة

لكن قال في البحر : ينبى أن يكون ذلك خيانة من المتولى لو عالماً بذلك وذكر الخصاص أن الواقف أيضاً إذا آجر بالأقل مملاً يتغابن الناس فيه لم تميز ، ويبطلها القاضى ، فإن كان الواقف مأموناً وفعل ذلك على طريق السهو والغفلة أقره القاضى في يده ، وأمره بإجارتها بالأصلح ، وإن كان غير مأمون أخرجها من يده وجعلها في يده من يتق بدينه ، وكذا إذا آجرها الواقف سنين كثيرة من يخاف أن يتلف في يده يبطل القاضى الإجارة ويخرجها من يد المستأجر اه فإذا كان هذا في الواقف فالمتولى أولى اه (قوله لكل منهما) الأولى منهم ليدخل المتولى ط (قوله وعليه تسليم زود السنين (١) الماضية) لا ينافى هذا ما مر من أن الإجارة مالم تفسخ ، كان على المستأجر المسمى لأن موضوعه فيما إذا آجر أولاً بأجرة المثل ، ثم زاد الأجر في نفسه ط أى فالإجارة وقعت من ابتدائها صحيحة بخلاف ما هنا (قوله لا غرامة عليه) وعليه الحرمة ولا يعلل ، وكذا أهل الهلة قال في الأشياء عن القنية ، لا يعلل أهل الهلة في الدور والحوادث المسبلة إذا أمكنهم رفعه قال في شرح المتن : فيأثم كلهم بنفس السكوت فبالك بالمتولى ، والجاني والكاثر إذا تركوها ولا سباً لأجل الرشوة نعوذ بالله تعالى اه ط (قوله بمال الساكن) يعنى وكان من جنس حقه ط عن الحموى (قوله قضاء وديانة) مرتبط بقوله أخذ ط (قوله ما منافعه مضمونة) أى على الغاصب ط (قوله أو معد) أى للاستغلال (قوله فعل المستأجر المسمى) يعنى للغاصب كما يفيد ما بعده قال

(١) قوله (زود السنين) فيه أن حصر زاد لزمه بالهاء اه .

لتأويل العقد انتهى فليحفظ (يفتى بالضمان في غصب عقار الوقف وغصب منافعه) أو إنلافها كما لو سكن بلا إذن أو أسكنه المعتوى بلا أجر كان على الساكن أجر المثل ، ولو غير معد للاستغلال به يفتى بصيانة الوقف وكذا منافع مال اليتيم حرر (وكذا) يفتى (بكل ما هو أنفع الوقف فيما اختلف العلماء فيه) حاوى القدمى ،

العلامة البيهقي الصواب أن هذا مفرع على قول المتقدمين ، أما على ما عليه المتأخرون فعلى الغاصب أجر المثل اه أى إن كان ما قبضه من المستأجر أجر المثل أو دونه ، فلو أكثر يرد الزائد أيضا لعدم طيبه له كما حرره الحموى وتبعه السيد أبو السعود .

قلت : وينبغى على قول المتأخرين المفتى به ، وتضمن منافع مال الوقف واليتيم والمعد أن له تضمين المستأجر أيضا تمام أجر المثل ، كما لو أجره المتولى بدون أجر المثل كما مر تأمل (قوله لتأويل العقد) ليس هذا فى عبارة الأشباه ط (قوله فى غصب عقار الوقف) بأن كان أرضا أجرى عليها الماء حتى صارت لاتصلح الزراعة (قوله وغصب منافعه) يشمل مالو عطله (١) ولم يتنفع به كما يدل عليه قوله أو إنلافها ، فإن الأصل فى العطف المنافعة ، فإن إنلافها بالاستعمال ولذا قال : كما لو سكن الخ ويدل عليه أيضا ماسأى فى الغصب من قول المصنف تبعا للدرر : لاتضمن منافع الغصب استوفاه أو عطلها إلا فى ثلاث ، فقضاء ضماها فيها بالاستيفاء ، أو التغليل فقول الشرنبلالية هناك وينظر مالو عطل المنفعة هل يضمن الأجرة كما لو سكن اه لا محل له . ثم وقع فى الخصائص لو قبض المستأجر الأرض فى الإجارة الفاسدة ، ولم يزرعها لا أجر عليه وكذلك الدار إذا قبضا ولم يسكنها اه لكنه مبنى على قول المتقدمين كما صرح به فى الإسعاف ومفاده لزوم الأجرة بالتكليف فى الفاسدة على قول المتأخرين ؛ وسيدكره الشارح فى أوائل الإجازات عن الأشباه (قوله أو أسكنه المتولى) أى أسكن فيه غيره إلا إذا كان موقوفا للسكنى وانحصرت فيه ، فإن له إعارته ، ولو سكنه المتولى بنفسه ، ولم يكن للسكنى طرائه يلزمه أجر المثل بل قدمنا عن خزائن المفتين أنه لو زرع الوقف لنفسه يخرج القاضى من يده .

مطلب سكن المشتري دار الوقف

(قوله كان على الساكن أجر المثل) حتى لو باع المتولى دار الوقف فسكنها المشتري ، ثم أبطل القاضى البيع كان على المشتري أجرة المثل فتح وبه أفتى الرمل وغيره كما قدمناه ، وما فى الاسماعيلية من الإفتاء بخلافه تبعا للحنفية فهو ضعيف كما صرح به فى البحر ، ودخل مالو كان الوقف مسجدا أو مدرسة سكن فيه فتجب فيه أجرة المثل كما أفتى به فى الحامدية قال وأفتى به الجدل والعلم والرمل والمقدمى وكذا مالو كان بعضه ملكا وسكنه الشريك كما مر أول الشركة (قوله وكذا منافع مال اليتيم) دخل فيه مالو سكنه أمه مع زوجها فيلزم الزوج الأجرة وكذا شريك اليتيم ، كما سيأتى تحرير فى كتاب الغصب إن شاء الله تعالى ، وكذا مالو شراها أحد ثم ظهر أنها ليتيم كما فى جامع الفصولين (قوله فيما اختلف العلماء فيه) حتى نقضوا الإجارة عند الزيادة الفاحشة ، نفروا الوقف ، وصيانة لحق الفصولين (قوله فيما اختلف العلماء فيه) أى مع أن فى المسألة قولين صحيحين ، وكذا أفتوا بالضمان فى غصب عقاره ، ومنافعه مع أن المقار لا يضمن بالغصب عندهما بل عند محمد وزفر والشافعى وكذا فى مسائل كثيرة منها عدم استبدال ما قبل ربه . وكذا صحة الوقف على النفس وعدم صحة الإجارة مدة طويلة كما مر والتابع يفتى المحصر

(١) (قوله يعطى مالو عطله الخ) هذا التصريح يقتضى أن الغصب سبب فى مسئلة التصليح ولعل سورة غصب ليجن بإجراء الماء عليها من صور غصب المنافع أيضا لما فيه من التصليح فمما اه .

ومتى قضى بالقيمة شرى بها عقارا آخر فيكون وقفا بدل الأول (و) الذى (تقبل فيه الشهادة) حسبة (بدون الدعوى) أربعة عشر: منها الوقف على ماى الأشباه لأن حكمه التصديق بالغلة وهو حق الله تعالى: بقى لو الوقف على معين هل تقبل بلا دعوى؟ فى الحائنية يذبحى ، لا اتفاقا وفى شرح الوهبانية الشيخ حسن وهذا التفصيل هو المختار وفى التارخانية إن هو حق الله تعالى تقبل وإلا لا إلا بالدعوى فليحفظ .

قلت: لكن بحث فيه ابن الشحنة ، ووفق المصنف بقبولها مطلقا لثبوت أصل الوقف لما له للفقراء وباشترائط الدعوى، لثبوت الاستحقاق لما فى الحائنية لو كان ثمة مستحق ولم يدع لم يدفع له شيء من الغنة وتصرف كلها للفقراء .

فافهم (قوله ومتى قضى بالقيمة) أى بأن غصب أرضا وأجرى عليها الماء ، حتى صارت بحرا لا تصلح للزراعة إسعاف ، وقدمنا عن جامع الفصولين لو غصب وقفا فنقص فأيؤخذ بنقصه يصرف إلى مرمته لآلئ أهل الوقف لأنه بدل الرقة ، وحققهم فى الغلة لآلئ الرقة اهـ (قوله فيكون وقفا بدل الأول) أى بلا توقف على تلفظ بوقفه كما فى معين المفتى وغيره كذا فى شرح المتن ط (قوله حسبة) الحسبة: بالكسر الأجر كما فى القاموس أى لقصد الأجر ، لا لإجابة مدع أفاده ط .

مطلب المواضع التى تقبل فيها الشهادة حسبة بلا دعوى

(قوله أربعة عشر) وهى الوقف ، وطلاق الزوجة ، وتعليق طلاقها وحرية الأمة وتديرها ، والخلع وهلال رمضان والنسب، لكن فى البحر خلافه ، وحد الزنا ، وحد الشرب ، والإيلاء ، والظهار ، وحرمة المصاهرة ودعوى المولى نسب العبد اهـ :

قلت : ويزاد الشهادة بالرضاع كما مثى عليه المصنف فى باب (قوله منها الوقف) أى الشهادة بأصله لأربعة أشباه ، وأما الدعوى به أو برية فقد مر الكلام عليها ويأتى قريبا ويأتى بيان المراد بأصله (قوله وهذا التفصيل) أى بين ما إذا كان الوقف على معين فلا تقبل وبين ما إذا قامت على أنه للفقراء أو للمسجد ونحوه فتقبل (قوله وفى التارخانية) هو عين التفصيل اهـ ح (قوله لكن بحث فيه ابن الشحنة الخ) أى بحث فى الإطلاق المذكور فى المتن اهـ والأصوب إبداله بآين وهبان ، ويعود الضمير إلى التفصيل قال المصنف فى المنع نقلا عن الحائنية : ويذبحى أن يكون الجواب على التفصيل إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم ، لا تقبل البينة عليه بدون الدعوى اهـ قال ابن وهبان : وهذا التفصيل غير محتاج إليه لأن الوقف وإن كان على قوم بأعيانهم فأخذه لابد وأن يكون لجهة بر لا تنقطع كالفقراء وغيرهم فالشهادة تقبل بحققهم إما حالا أو آلا اهـ قال ابن الشحنة : التفصيل لابد منه لأن البينة إذا قامت بأن هذا وقف يستحقه قوم بأعيانهم لابد فيه من الدعوى لثبوت استحقاقهم ، وتناولهم وإن كان آخره ماذكر بخلاف ما إذا قامت على أنه وقف على الفقراء أو المسجد أو نحو ذلك اهـ .

قال المصنف أقول : ماذكره ابن وهبان ظاهر جدا وما ذكره ابن الشحنة لا ينتهض حجة عليه ، لأن كلام ابن وهبان فى أن ثبوت أصل الوقف لا يحتاج إلى الدعوى مطلقا وإن كان المستحق لا يدفع له شيء على تقدير عدم دعواه وكلام ابن الشحنة فى ثبوت الاستحقاق للموقوف عليه المعين ، ولا شك فى توقفه على الدعوى اهـ قلت : لكن فى الحادى عشر من دعوى البزازية : باع أرضا ثم ادعى أنه كان وقفها أو قال : وقف على فلان لم تكن له بينة وأراد تحليف البائع (١) لا يحلف لعدم صحة الدعوى للتناقض ، وإن برهن قال الفقيه أبو جعفر

(١) قوله (وأراد تحليف البائع) كذا مادة البزازية وظاهر أن سواه المشتق اهـ .

قلت : ومفاده أنه لو ادعى استحقاق مع أنها لاتسمع منه على المقتضى به إلا بتولية كما مر فندبر . وفي الأشياء لنا شاهد حسبة في أربعة عشر وليس لنا مدع حسبة إلا في دعوى الموقوف عليه أصل الوقف فإنها تسمع عند البعض والمقتضى به لا إلا التولية فإذا لم تسمع دعواه فالأجنبي أولى انتهى وقد مر فتنبه :

يقبل ويبطل البيع لعدم اشتراط الدعوى في الوقف كما عتق الأمة وبه أخذ الصدر والصحيح أن الإطلاق غير مرضي فإن الوقف لو حق الله تعالى فالجواب ما قاله وإن حق العبد لا بد فيه من الدعوى اهـ وأنت غير بيان الوقف لا بد أن يكون فيه حق الله تعالى إما حالا أو مآلا ، وهذا التصحيح للتفصيل المار عن الخالية يقتضي أن المنظور إليه الحال لا المآل ، وإلا لم يصح قوله وإن حق العبد الخ ، وهذا خلاف ما قاله ابن وهبان حيث جعل الوقف كله حقا لله تعالى باعتبار المال ، ومؤيد لما قاله ابن الشحنة حيث اعتبر فيه الحال ، لكن قد يقال التحقيق أن الوقف من حيث هو حق الله تعالى لأنه تصديق بالمفوعة ، فلا تشترط له الدعوى ، لكن إذا كان أوله على معين وأريد إثبات استحقاقه اشترط له الدعوى وإن ثبت أصل الوقف بدونها فثبت ما قاله المصنف : وهذا في الحقيقة تحقيق وتعميق بين القولين وتوفيق بنظر دقيق ، لكن لو كان المدعي هو البائع لا يمكن إثبات استحقاقه لأنه متناقض فلا تصح دعواه وتبقى البيئة مسعوعة لإثبات أصل الوقف ويأتي له زيادة بيان عند قوله باع دارا (قوله بالإبتولية) أى أو بإذن قاض (قوله كاسر) أى عن العبادية لكن فيه أن ماسر في دعوى عين الوقف لو غصبه غاصب ، أما دعوى المستحق استحقاقه من غلة الوقف فلا شبهة في صحتها ولا يحتاج إلى التدبر أماده ح .

قلت : قدمنا التصريح بأن مستحق غلة الوقف لا يملك الدعوى بها ، وهو مشكل يحتاج إلى التدبر ، وقدمنا بيانه ، وقوله فلا شبهة الخ مؤيد لما قدمناه (قوله لنا شاهد حسبة في أربعة عشر) هذا مكرر بما تقدم ، فالأولى الاختصار على ما بعده أماده ط (قوله وليس لنا مدع حسبة) بتنون مدع ونصب حسبة على التمييز وفي بعض النسخ مدعى بالياء فهو مضاف وحسبة مجرور به (قوله والمقتضى به لا) أى لاتسمع دعواه فلا يحلف الخصم لو أنكركا قدمناه آنفا عن البرازية لكن لو أقام بيئة تقبل بطريق الحسبة كما علمت تحريرة (قوله فالأجنبي أولى) قال في الأشياء عقب هذا وظاهر كلامهم أنها لاتسمع من غير الموقوف عليه اتفاقا اهـ أى لأن الخلاف المذكور في دعوى الموقوف عليه هل تسمع أم لا والمقتضى به لاظهاره أن الأجنبي لاتسمع دعواه اتفاقا اهـ لكن قال العلامة البيري : بل الظاهر من كلامهم أن الخلاف فيه أيضا لأن محل النزاع كون المحل قابلا لدعوى الحسبة أم لا فن قال بأنه قابل لجور ذلك من الموقوف عليه كما لا يخفى اهـ . وجئنا نتيجة ماسر من التفصيل ، فإذا كانت الدعوى لإثبات عين الوقف يكون حق الله تعالى فسمع فيه الدعوى حسبة من الموقوف عليه وغيره إلا إذا باع الوقف ثم ادعى فلا تسمع دعواه ، وأما البيئة فإنها تقبل مطلقا إلا إذا كانت لإثبات غلة الوقف فلا تقبل بلا دعوى صحبة وتقدم الكلام فيه ، ثم لا يخفى أن شاهد الحسبة لا بد أن يدعى ما يشهد به إن لم يوجد مدع غيره وعلى هذا فكل ما تقبل فيه الشهادة حسبة يصدق عليه أنه تقبل فيه الدعوى حسبة ، وهذا يناق ماسر عن الأشياء إلا أن يكون مراده أنه لا يسمى مدعيا أو أن مدعى الحسبة لا يحلف له الخصم عند عدم البيئة فلا يصحق بدون الشهادة فلذا نفاه فليأمل وفي حق الأمة والطلاق قيل يحلف وقيل لا .

[تنبيه] شاهد الحسبة إذا أخرها لغير علم لا تقبل لفسقه أشباه عن القنية وقال ابن نجيم في رسالته المؤلفة فيها تسمع في الشهادة حسبة ومقتضاه أن الشاهد في الوقف كذلك (قوله وقد مر) أى عدم سماع الدعوى من الموقوف عليه لو غصب منه الوقف إلا بتولية مع زيادة قوله ولو الوقف على معين ولا يخفى أن الدعوى على الغاصب دعوى

(ویشترط) فی دعوی الوقف (بیان الوقف) ولو الوقف قدیم (فی الصحیح) برآزیه لتلا ینکون إثباتا للمجهول وفي العمادیة تقبل (و) تقبل فیہ (الشهادة علی الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والشهادة بالشبهة (۱)) لإثبات أصله وإن صرحوا به أى بالسماع فی المختار ولو الوقف علی معینین حفظا للأوقاف القدیمة عن الاستهلاك

أصل الوقف أى لادعوی الغلة فافهم (قوله لتلا ینکون إثباتا للمجهول) هذا بناء علی قول الإمام إن الوقف حبس أصل الملك علی ملك الوقف فلا بد من ذكره أفاده المصنف ط (قوله وفي العمادیة تقبل) أى من غیر بیان الوقف ، وهو قول أبی یوسف وعلیه مشایخ بلخ کأبی جعفر وغیرهم وعلیه اقتصر الخصاص ، ومقتضى كون الفتوى علی قول أبی یوسف فی الوقف أنه یفنی بقوله هنا أماده فی المنع ط . وفي الخیرة وقف قدیم مشهور لا یرف واقفه استولى علیه ظالم فادعی المتولی أنه وقف علی کذا مشهور وشهدا بذلك فاختار أنه یموزاه وعزاه إلی جامع الفصولین وفي الإسعاف عن الخانیة ، وتصح دعوی الوقف والشهادة به من غیر بیان الوقف .

مطلب فی دعوی الوقف بلا بیان الوقف وبلا بیان أنه وقف وهو یملكه

[تنبيه] ذکر فی الإسعاف لو ادعی أن هذه الأرض وقفها فلان علی* وذو البید یجحد ویقول هی ملکى لا یصح وإن شهدت البیئة أنها كانت فی یده یوم وقفها لأن الإنسان قد یتف بالملکة وهو بیده لإجارة أو إعرارة ملخصا ، ومفاده أنه یشترط بعد بیان الوقف بیان أنه وقفه وهو یملكه وهذا ظاهر فی نحو هذه الدعوی ، وكذا لو اختلفا فی أنه وقفه قبل أن یملكه أو بعد ما باعه أما لو اختلفا فی أن فلانا وقفه أولا أو کان وقفا قدیم مشهورا فباعه أحد أو استولى علیه ظالم ، فهذا شرط للحکم بصحة الوقف لالحکم بنفس الوقف ، ففی فتاوی قاری الهدایة سئل هل یشترط فی صحة حکم الحاكم بوقف أو بیع أو إجارة ثبوت ملک الوقف أو البائع أو المؤجر وحیازته أم لا ، أجاب : إنما یحکم بالصحة إذا ثبت أنه مالک لما وقفه أو أن له ولاية الإیجار أو البیع لما باعه بملك أو نیابة وكذا فی الوقف وإن لم یثبت شیء من ذلك لا یحکم بالصحة بل بنفس الوقف والإجارة والبیع اه (قوله لإثبات أصله) متعلق بالشهادة بالشبهة فقطح وفي المنع کل ما یعلق بصحة الوقف یتوقف علیه فهو من أصله ومالا یتوقف علیه فهو من الشرائط .

مطلب فی الشهادة علی الوقف بالتسامع

(قوله وإن صرحوا به) بأن قالوا عند القاضی نشهد بالتسامع درر وفي شهادات الخیرة الشهادة علی الوقف بالسماع أن یقول الشاهد أشهد به لأنی سمعته من الناس أو بسبب أنى سمعته من الناس ونحوه (قوله أى بالسماع) أشار به إلی تأویل الشبهة بالسماع فساغ تذکیر الضمیر فأفاد أنها شیء واحد ط وفي حاشیة نوح أفندی : الشهادة بالشبهة أن یدعی المتولی أن هذه الضبیعة وقف علی کذا مشهور ویشهد الشهود بذلك والشهادة بالتسامع أن یقول الشاهد : أشهد بالتسامع اه ولا یجنى أن المال واحد وإن اختلفت المادة فافهم (قوله فی المختار الخ) هذا غالف لما فی المتن من الشهادات ففی البکثر وغیره : ولا یشهد بما لم یعاین إلا النسب والموت والنکاح والدخول وولاية القاضی وأصله الوقف ، فله أن یشهد بها إذا أخبره بها من یتق به ومن فی یده شیء سوى الرقیق لك أن تشهد أنه

(۱) (قول المصنف والشهادة بالشبهة الخ) ظاهره ولو كانت فی ید شخص یدعی الملك ، لكن قیده فشرح الملتزم ما إذا کان الوقف سائبة حتی لو کان فی ید شخص یدعی الملك لابد من شهادة المعاینة وقواء بنقول عدة نقله شیخنا ولم یرتبه اه .

بخلاف غيره (لا) تقبل بالشبهة (ل) لإثبات (شرائطه في الأصح) درر وغيرها لكن في المجتبى المختار قبولها على شرائطه أيضا ، واعتمده في المعراج وأقره الشرنبلالي وقواه في الفتح بقولهم يسلك بمنقطع الثبوت المجهولة شرائطه ومصارفه ما كان عليه في دواوين القضاة انتهى وجوابه أن ذلك للضرورة

له وإن فسر للقاضي أنه يشهد بالسمع أو بمعاينة اليد لا تقبل . قال العيني : وإن فسر للقاضي أنه يشهد بالسمع في موضع يجوز بالسمع ، أو فسر أنه يشهد له بالملك بمعاينة اليد يعني برؤيته في يده لا تقبل ، لأن القاضي لا يزيد علما بذلك ، فلا يجوز له أن يحكم الخ ، ومثله في الزيلعي مبسوطا . وفي شهادات الخيرية : الشهادة على الوقف بالسمع فيها بخلاف والمثون قاطبة قد أطلقت القول بأنه إذا فسر أنه يشهد بإسماع لا تقبل ، وبه صرح قاضيخان وكثير من أصحابنا اهـ ومثله في فتاوى شيخ الإسلام على أفندي مفتي الروم اهـ ملخصا من مجموعة شيخ مشايخنا ملاعل الترككاني .

قلت : لكن تقدم أنه ينبغي بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه كما أشار إلى وجهه تبعاً للدور بقوله حفظاً للأوقاف القديمة الخ ، وذكر المصنف عن فتاوى رشيد الدين أنه يقبل وإن صرحا بالسمع لأن الشاهد ربما يكون سنة عشرين سنة وتاريخ الوقف مائة سنة ، فيثبت القاضي أنه يشهد بالسمع لا بالعيان فإذا لافرق بين السكوت والإفصاح أشار إليه ظهير الدين المرغيناني ، وهذا بخلاف ما يجوز فيه الشهادة بالسمع فلأنهما إذا صرحا به لا تقبل اهـ أي بخلاف غير الوقف من الخمسة المارة فإنه لا يثبت فيها (١) بأن الشهادة بالسمع فيفترق فيها بين السكوت والإفصاح .

والحاصل : أن المشايخ رجحوا استثناء الوقف منها للضرورة : وهي حفظ الأوقاف القديمة عن الضياع ، ولأن التصريح بالسمع فيه لا يزيد على الإفصاح به والله سبحانه أعلم (قوله لإثبات شرائطه) المراد من الشرائط أن يقولوا إن قدرا من الغلة لكذا ثم يصرف الفائض إلى كذا بعد بيان الجهة بحر من الشهادات وقوله : بعد بيان الجهة متعلق بقوله أن يقولوا لأن بيان الجهة هو بيان المصرف ويأتي أنه من الأصل لا من الشرائط ، فالمراد من الشرائط ما يشرطه الواقف في كتاب وقفه لا الشرائط التي يتوقف عليها صحة الوقف كالملك والإفراز والتسليم عند القائل به ونحو ذلك مما مر أول الباب (قوله في الأصح) وعليه الفتوى هندية عن السراجية ط (قوله وأقره الشرنبلالي) وهواه إلى العلامة قاسم :

مطلب في حكم الوقف القديم المجهولة شرائطه ومصارفه

(قوله وقواه في الفتح بقولهم الخ) حيث قال في كتاب الشهادات وأنت إذا عرفت قولهم ذلك لم تتوقف عن تحسين ما في المجتبى ، لأن ذلك هو معنى الثبوت بالسمع اهـ أي لأن الشهادة بالسمع هي أن يشهد بما لم يعاينه والعمل بما في دواوين القضاة عمل بما لم يعاين ، وأيضا قولهم المجهولة شرائطه ومصارفه يفهم منه أن ما لم يجوز منها يعمل بما علم منها ، وذلك العلم قد لا يكون بمشاهدة الواقف بل بالتصرف القديم ، وبه صرح في السخيرة حيث قال سئل شيخ الإسلام عن وقف مشهور اشتهت مصارفه وقدر ما يصرف إلى مستحقه قال : ينظر إلى المعهود من حاله قيم سبق من الزمان من أن قوامه كيف يعملون فيه وإلى من يصرفونه ، فينبغي على ذلك لأن الظاهر أنهم

(١) قوله لأنه لا يثبت فيها الخ (حتى لو ثبت أن الشهادة بالسمع في غير الوقف لا يحكم بها القاضي أفاده شيخنا وقال هكذا رأته عن بعضهم اهـ .

كانوا يفعلون ذلك على موافقة شرط الواقف وهو المظنون بحال المسلمين فيعمل على ذلك اه فهذا عين الثبوت بالتسامع. وفي الخيرية إن كان للوقت كتاب في ديوان القضاة المسمى في عرفنا بالسجل ، وهو في أيديهم ائتم ما فيه استحسانا إذا تنازع أهله فيه وإلا ينظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من الزمان من أن قوامه كيف كانوا يعملون وإن لم يعلم الحال فيما سبق رجعتنا إلى القياس الشرعي وهو أن من أثبت بالبرهان حقا حكم له به اه لكن قولهم المجهولة شرائطه الخ يقتضي أنها لو علمت ولو بالنظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من تصرف القوام لا يرجع إلى ماني سجل القضاة وهذا عكس (١) ماني الخيرية فنبه لذلك .

مطلب أحضر صكا فيه خطوط المدول والقضاة لا يقضى به

[تنبيه] ذكر في الحانية والإسعاف ادعى على رجل في يده ضيعة أها وقف وأحضر صكا فيه خطوط المدول والقضاة الماضين وطلب من القاضي القضاة بذلك الصك قالوا ليس للقاضي ذلك ، لأن القاضي إنما يقضى بالحجة والحجة إنما هي البينة أو الإقرار ، أما الصك فلا يصلح حجة لأن الخط يشبه الخط وكذا لو كان على باب الدار أوح مضروب ينطق بالوقف لا يجوز للقاضي أن يقضى مالم تشهد الشهود اه . قلت : وهذا بظاهره يناقض (٢) ما هنا من العمل بما في دواوين القضاة . والجواب : أن العمل بما فيها استحسان كافي للإسعاف وغيره وما ذكرناه عن الحانية محله إذا لم يكن للصك وجود في سجل القضاة أما لو وجد فيه ، فإنه يعمل به كما في حواشي الأشباه ومثله ما قدمناه من قول الخيرية إن كان الواقعة كتاب الحج ووجهه ظاهر لأنه إذا كان له كتاب موافق لما في سجل القضاة يزداد به قوة ولا سيما إذا كان الكتاب عليه خطوط القضاة الماضين

مطلب لا يعتمد على الخط إلا في مسائل

فعل هذا فقول الأشياء في أول كتاب القضاة لا يعتمد على الخط ولا يعمل به إلا في كتاب أهل الحرب بطلب الأمان إلى الإمام ، وفي دفتر السماسر والصراف والبيع يستثنى منه أيضا هذه المسألة كما أماده البيهقي فنصير المسائل المستثناة ثلاثا ونمام بيانتها في كتابنا تنقيح الفتاوى الحامدية من كتاب الدعوى فراجعها فإنه مهم .

مطلب في البراءات السلطانية والدفاتر الحاقانية

ثم اعمل أنه ذكر في الأشباه أنه يمكن أن يلحق بكتاب أهل الحرب البراءات السلطانية بالوظائف إن كانت العلة أنه لا يزور قال العلامة البيهقي : والظاهر هذا ويشهد له ماني الزكاة إذا قال أعطيتها وأظهر البراءة يجوز العمل به وعلى بأن الاحتياط في الخط نادر كما في المصنف اه .

قلت : وهذا يؤكد ما ذكره الشارح في رسالة عملها في دفتر الحاقاني المعنون بالطرة السلطانية المأونة من التزوير إلى أن قال : فلو وجد في الدفاتر أن المكان الفلاني وقف على المدرسة الفلانية ، مثلا يعمل به من غير بينة

(١) قوله وهذا عكس الخ (يمكن أن يدمى عدم حصول العكس بحال ما في الخيرية على عدم وجود كتاب) اهك الرب اه
(٢) قوله وهذا بظاهره يناقض الخ (فرق شيئا بين هذه المسئلة وبين مسئلة العمل بما في القوانين بأن مسئلة العمل قد وجهه من الصادق على ثبوت أصل الوقت فاعمل بالخط إنما هو في مجرد شرائط بخلاف ما هنا فإنه لو فرض صحة الحكم بالصك يكون قد حكم بالخط في أصل الوقت خصوصا والوقت في به مدح للملك أي يلزم . بإطلاق حق ذي اليد بمجرد الخط اه .

والمدعی أهم بحر (وبیان المصرف) كقولهم على منسجد كذا (من أصله) لتوقف صحة الوقف عليه فقبل بالتسامع (وبعض مستحقه) وكذا بعض الورثة ولا ثالث لهما كما في الأشباه :

قلت : وكذا لو ثبت إحصاره في وجه أحد الغرماء

قال وبذلك يفنى مشايخ الإسلام كما هو مصرح به في بهجة عبد الله أفندي وغيرها اهـ لكن أفق في الخيرية بأنه لا يثبت الوقف بمجرد وجوده في الدفتر السلطاني لعدم الاعتماد على الخط فتأمل (قوله والمدعی أهم) أي من كونه للضرورة أو غيرها ، ولكن فيه نظر فإن الكلام في جهل الشرائط كما علمت إذ عند علمها لا حاجة إلى إثباتها فالكلام عند الضرورة لأعم فلكلام الكمال أتم فافهم (قوله وبيان المصرف من أصله) مبتدأ وخبر أي فضيل الشهادة على المصرف بالتسامع كالشهادة على أصله لأن المراد بأصله كل ماتوقف عليه صحته ، وإلا فهو من الشرائط كما قدمناه وكونه وقفنا على الفقراء أو على منسجد كذا لتوقف عليه صحته ، بخلاف اشتراط صرف غلته لزيد أو للزنية فهو من الشرائط لا من الأصل ، ولعل هذا مبني على قول محمد باشرط التصريح في الوقف بذكر جهة لا ينقطع وتقدم ترجيح قول أبي يوسف بعدم اشتراط التصريح به ، فإذا كان ذلك غير لازم في كلام الواقف فينبغي أن لا يلزم في الشهادة بالأولى ، لعدم توقف الصحة عليه عنده ويؤيده هذا ما في الإسعاف والخانية لا يجوز الشهادة على الشرائط والجهات بالتسامع اهـ ولا ينبغي أن الجهات هي بيان المصارف ، فقد ساوى بينها وبين الشرائط إلا أن يراد بها الجهات التي لا يتوقف صحة الوقف عليها . وفي التارخانية ، وعن أبي الليث : تجوز الشهادة في الوقف بالاستفاضة من غير الدعوى وتقبل الشهادة بالوقف وإن لم يبينوا وجهها ويكون للفقراء اهـ وفي جامع الفصولين : وأو ذكروا الواقف لا المصرف تقبل لو قديما ويصرف إلى الفقراء اهـ وهذا صريح فيما قلنا من عدم لزومه في الشهادة ، والظاهر أنه مبني على قول أبي يوسف وعليه فلا يكون بيان المصرف من أصله فلا تقبل فيه الشهادة بالتسامع كما سمعت نقله عن الخانية والإسعاف ، والظاهر : أن هذا إذا كان المصرف جهة مسجد أو مقبرة أو نحوها ، أما لو كان للفقراء فلا يحتاج إلى إثباته بالتسامع لما علمت من أنه يثبت بالشهادة على مجرد الوقف ، فإذا ثبت الوقف بالتسامع يصرف إلى الفقراء بدون ذكرهم كما علم من عبارة التارخانية والفصولين هذا ما ظهر لي في هذا المحل ، وقد ذكر الخبير الرمي في حاشية المنح توفيقا آخرين ما ذكره المصنف ، وبين ما قلناه من الإسعاف والخانية بجعل جواز الشهادة على ما إذا لم يكن الوقف ثابتا على جهة بأن ادعى على ذي يد يصرف بالملك بأنه وقف على جهة كذا ، فشهدوا بالسماح وحمل عدم الجواز على ما إذا كان أصله ثابتا على جهة فادعى جهة غيرها ، وشهدوا عليها بالسماح للضرورة في الأول دون الثاني ، لأن أصل جواز الشهادة فيه بالسماح للضرورة والحكم يدور مع علته وجازت إذ قدم قال وقد رأيت شيخنا الحانوتي أجاب بذلك اهـ ملخصا :

مطلب فيمن ينتصب خصما عن غيره

(قوله وبعض مستحقه) مبتدأ أو مضاف إليه وقوله ينتصب خصما عن الكل خبر المبتدأ ويأتي بيانه ، وكذا بعض نظار الوقف لما في الحادي عشر من التارخانية وقف أرضه على قرابته ، فادعى رجل أنه منهم والواقف حتى فهو خصمه وإلا فالقيم ولو متعددا وإن ادعى على واحد جاز ولا يشترط اجتماعهم ، ولا يكون خصما وارث الميت ، ولا أحد أرباب الوقف (قوله وكذا بعض الورثة) أي يقوم مقام جميعهم فيما لميت أو عليه ويأتي تمامه قريبا (قوله قلت الخ) استدراك على قوله ولا ثالث لهما (قوله وكذا لو ثبت إحصاره في وجه أحد الغرماء) فإنه

كما سيجيء فأنمل وقالوا تقبل بيته الإفلاس لغية المدعى وكذا بعض الأولياء المتساوين يثبت الاعتراض لكل كلا وكذا الأمان والقود وولاية المطالبة بإزالة الضرر العام عن طريق المسلمين والتتابع يقتضى عدم الحصر

ينصب خصما عن بقيتهم فلا يحبس لم ط (قوله كما سيجيء) لم أره في فصل الحبس من كتاب القضاة ولا في كتاب الحجر فلهذا ذكره في غيرها فليراجع (قوله وقالوا تقبل بيته الإفلاس بغية المدعى) هذا تأييد لقبوطا في وجه أحد الغرماء لبيان لموضع آخر مما نحن فيه حتى يرد عليه أنه لا عمل لذكره هنا لعدم انقصاب أحد عن أحده واهمهم (قوله وكذا بعض الأولياء المتساوين) كذا خبر مقدم وبعض الأولياء مبتدأ مؤخر وجلة ثبت الخ استندف يبانى يعنى أن رضا بعض الأولياء المتساوين بنكاح غير الكفء قبل العقد أو بعده كرضاء الكل ، لأن حق الاعتراض ثبت لكل واحد من الأولياء كلا ، وهذا على ظاهر الرواية ، وأما على المفتى به فالنكاح باطل من أصله لفساد الزمان كما تقدم في باب الولي اه ح أى أن تزويجها نفسها لغير كفاء باطل إذا كان لها ولي لم يرض به قبل العقد ولا يفيد رضا بعده ، وإن لم يكن لها ولي فهو صحيح كما مر في بابها ثم حيث ثبت الحق لكل من الأولياء كلا فإذا رضى أحدهم فكانه قام مقام غيره في الرضا حتى لا يثبت لغيره حق الاعتراض وأو قال يثبت الاعتراض وكذا الإنكاح في الصغير لكان أولى (قوله وكذا الأمان) يعنى أمان واحد من المسامحين للحرب كأن جميعهم كما تقدم في السير اه ح (قوله والقود) يعنى إذا عفا واحد من أولياء المقتول سقط القود كما إذا عفا جميعهم اه ح .

قلت : وكذا استيفاء (١) القود في الجنايات أن للكبار القود قبل كبر الصغار خلافا لها والأصل أن كل مالا يتجزأ إذا وجد سببه كاملا ، يثبت لكل على الكمال كولاية إنكاح ، وأمان إلا إذا كان الكبير أحنيا عن الصغير فلا يملك القود حتى يبلغ الصغير إجماعا زيلعى وذلك كإن للمقوق صغير وامرأته وهى غير أم الصغير اه ط (قوله وولاية المطالبة الخ) قال المصنف من باب ما يحدثه الرجل في الطريق من نحو الكيف والميزاب ولكل واحد من أهل الخصومة ولو ذميا منعه ابتداء ومطالبتة بتقصه ورفع بعدة أى بعد البناء سواء كان فيه ضرر أولا إذا بنى لنفسه بغير إذن الإمام ولم يكن للمطالب مثله اه فقوله بإزالة الضرر ليس بقيد بل يقوم أحد من له الخصومة بالمطالبة وإن لم يضر اه ط (قوله والتتابع يقتضى علم الحصر) يعنى أنه زاد ما ذكر ولم يحصر المواضع بعدد لأنه يمكن التتابع الزيادة عليها خلافا لما فعله في الأشياء ، وقد زاد البيروى مسألة وهى قال محمد رحمه الله تعالى : لو قال سالم وبزيع وميمون أحرار وأقام واحد منهم البيعة على ذلك ثم جاء غيره لا يعيد البيعة لأنه إعتاق واحد اه .

قلت : وزاد أيضا ما في الفصل الرابع من جامع الفصولين برهن على رجل أنه باعه ، وفلانا الغائب قبا بكذا يقتضى على الحاضر بنصف ثمنه ، لا على الغائب إلا أن يحضر ويعيد البيعة عليه ولو كان قد ضمن كل منهما ماعلى الآخر من الثمن جاز ويقتضى عليها فلا حاجة إلى إعادة البيعة على الغائب اه وسياق في كتاب القضاء أنه لا يقتضى على غائب ، ولا له إلا في مواضع منها : أن يكون ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر كما إذا برهن

(١) (قوله قلت وكذا استيفاء الخ) أى حيث كان بعض مستحق القود صغير لا غائبا حتى لا يثنى قولهم في أحداث

ولا يتقود حاضر بجيبته إذا أخوه غاب عن خصومه

وفرق شيخنا بين الغائب والحاضر بأن احتمال القود من الغائب شبهة بخلافه في الصغير فإنه شجة الشجة لأن احتمال المصوم منه بعد احتمال البلوغ أى متى غير معتبرة في القود اه

ثم إنما ينتصب أحد الورثة خصما عن الكل لو في دعوى دين لآب من مالم تكن بيده فليحفظ (ينتصب خصما عن الكل) أى إذا كان وقف بين جماعة وواقفه واحد فلو أحد منهم أو وكيله الدعوى على واحد منهم أو وكيله (وقيل لا) ينتصب فلا يصح القضاء إلا بقدر ما في يد الحاضرين (وهذا) أى انتصاب بعضهم (إذا كان الأصل ثابتا وإلا فلا) ينتصب أحد المستحقين خصما وتماه في شرح الوهبانية (اشترى المتولى بمال الوقف دارا) للوقف

على ذى اليد أنه اشترى الدار من فلان الغائب فحكم على الحاضر كأن ذلك حكما على الغائب أيضا حتى لو حضر وأنكر لم يعتبر قال الشارح هناك وله صور كثيرة ذكر منها في المجتبى تسعا وعشرين :

مطلب في انتصاب بعض الورثة خصما عن الكل

(قوله ثم إنما ينتصب الخ) قال في جامع القصولين : ادعى بيتا لورثا لنفسه ولإخوته الغيب وسأهم وقال الشهود : لا نعلم له وارثا غيرهم تقبل البيئة في ثبوت الميث لأحد الورثة خصم عن الميت فيها يستحق له ، وعليه ألا نرى أنه لو ادعى على الميت دين محضرة أحدهم ثبت في حق الكل ، وكذا لو ادعى أحدهم ديناً على رجل للميت وبرهن ثبت في حق الكل . وأجمعوا على أنه لا يدفع إلى الحاضر الانتصاب يعنى في البيت مشاعا غير مقسوم ثم قال لا يؤخذ نصيب الغائب ويوضع عند عدل ، وقال أبو حنيفة : لا يؤخذ وأجمعوا على أن ذل اليد لو مقر لا يؤخذ منه نصيب الغائب هذا في المقار أما في النقل فعندهما يوضع عند عدل ، وعنده قيل كذلك وقيل : لا يؤخذ كما لو كان مقرا ولو مات عن ثلاثة بنين فغاب اثنان ، وبقي ابن والدار في يده غير مقسومة ، فادعى رجل كلها ملكا موصلا أو الشراء من أبيهم يحكم له بالكل ولو برهن على أحدهم أن الميت غصب شيئا وبعضه بيد الحاضر وبعضه بيد وكيل الغائب قضى على الحاضر بدفع ما بيده دون وكيل الغائب .

فالخاص : أن أحد الورثة خصم عن الميت في عين هو في يد هذا الوارث لا في يد غيره حتى لو ادعى عليه حينما من التركة ليست في يده لا يسمع ، وفي دعوى الدين ينتصب أحدهم خصما عن الميت ولو لم يكن بيده شيء من التركة اه ملخصا وتماه الكلام فيه من الفصل الرابع .

مطلب بعض المستحقين ينتصب خصما عن الكل

(قوله وينتصب خصما عن الكل) أى كل المستحقين وكذا بعض النظار كما قدمناه والمسألة في المحيط والتقنية وقف بين آخرين مات أحدهما وبقي في يد الحى ، وأولاد الميت فبرهن الحى على أحدهم أن الواقف بطنا بعد بطن والباقي غيب والواقف واحد يقبل وينتصب خصما عن الباقي ، ولو برهن الأولاد أن الوقف مطلق علينا وعليك هيبة الأول أولى (قوله وهذا الخ) وعليه فلا نزاع بين ما هنا ، وما قدمه من أن الموقف عليه لا يملك الدعوى ، لأن ذلك فيها إذا لم يكن الوقف ثابتا وأراد إثبات أنه وقف ومقر تقريره .

مطلب اشترى بمال الوقف دارا للوقف يجوز بيعها

(قوله اشترى بمال الوقف) أى بغلة الوقف كما خبر به في الخاتمة وهو أولى احترازا عما لو اشترى يبدل الوقف ، فإنه بصير وقفا كالأول على شروطه وإن لم يذكر شيئا كما مر في بحث الاستبدال ، وقيد في الفتح بما إذا لم يمتنع الوقف إلى العارية وهو ظاهر إذ ليس له الشراء ، كما ليس له الصرف إلى المستحقين كما مر في البحر

(لا تلحق بالمنازل الموقوفة ويجوز بيعها في الأصح) لأن لزومه كلاما كثيرا ولم يوجد ههنا (مات المؤذن والإمام) ولم يستوفيا وظيفتهما من الوقف سقط (لأنه كالصلة) كالفاضي وقيل لا) يسقط لأنه كالأجرة كذا في الدرر قبل باب المرتد وغيرها قال المصنف ثمة : وظاهر ترجيح الأول للحكاية الثاني بقبول .

قلت : قد جزم في البغية تفخيص القنية بأنه يورث بخلاف رزق القاضي كذا في وقف الأشباه ومغنى الزهر ولو على الإمام دار وقف فلم يستوف الأجرة حتى مات إن أجرها المثلوى سقط

عن القنية إنما يجوز الشراء بإذن القاضي ، لأنه لا يستفاد الشراء من مجرد تفويض القوامة إليه ولو استدان في ثمنه وقع الشراء له اهـ .

قلت : لكن في التارخانية قال الفقيه : ينبغي أن يكون ذلك بأمر الحاكم احتياطا في موضع اختلاف (قوله ويجوز بيعها في الأصح) في البرازية بعد ذكر ماتقدم وذكر أبو الليث في الاستحسان بصير وقفنا وهذا صريح في أنه المختار اهـ وعلى .

قلت : وفي التارخانية المختار أنه يجوز بيعها إن احتاجوا إليه .

مطلب في الإمام والمؤذن إذا مات في أثناء السنة

(قوله كالفاضي) فإنه يسقط حقه إلا إذا مات في آخر السنة فيستحب الصرف لورثته كما في الهداية قبل باب المرتد (قوله وقيل لا يسقط) أي بل يعطى بقدر ما باشر وبصير ميراثا عنه كما يأتي (قوله قلت قد جزم في البغية أي) أي فجزم به بيقضي ترجيحه . قلت : ووجهه ما سيذكره في مسألة الجمامكية أن لها شبه الأجرة وشبه الصلة ، ثم إن المتقدمين منعوا أخذ الأجرة على الطاعات ، وأفترى المتأخرون بموازاة على التعليم والأذان والإمامة فظاهر أن من نظر إلى مذهب المتقدمين رجح شبه الصلة فقال بسقوطها بالموت ، لأن الصلة لا تملك قبل القبض ، ومن نظر إلى مذهب المتأخرين رجح شبه الأجرة فقال بعدم السقوط ، وحيث كان مذهب المتأخرين هو المفقى بجزم في البغية بالثاني ، بخلاف رزق القاضي ، فإنه ليس له شبه بالأجرة أصلا إذ لا قائل بأخذ الأجرة على القضاء

مطلب إذا مات المدرس ونحوه يعطى بقدر ما باشر بخلاف الوقف على الذرية

وعلى هذا مثى الطرسوسى في أنفع الوسائل على أن المدرس ونحوه من أصحاب الوظائف إذا مات في أثناء السنة يعطى بقدر ما باشر ويسقط الباقي وقال بخلاف الوقف على الأولاد والذرية ، فإنه يعتبر فيهم وقت ظهور العنة ، فن مات بعد ظهورها ولو لم يبد صلاحها صار ما يستحقه لورثته وإلا سقط اهـ وتبعه في الأشباه وأفتى به في الحيرية وهو الذي حرره المرحوم مفتي الروم أبو السعود العمادى ، وهذا خلاصة ما قدمناه في كتاب الجهاد قبل فصل القسمة ، وقيل باب المرتد ولو كان الوقف يؤجر أقساطا فتمام كل قسط بمنزلة طلوع الغلة فن وجد وقته استحق كما أفتى به الحانوتى تبعا للفتح ، وبما قرره ظهر سقوط ما نقله البيرى عن شيخ الشيوخ الديرى من أنه ينبغي أن يعمل بهذا القول ، وهو عدم السقوط بالموت في حق المدرس والطلبة لاقى حق المؤذن والإمام لأن الأذان والإمامة من فروض الكفاية ، فلا تكون بمقابلة أجرة اهـ ملخصا فإن المتأخرين أفتوا بأخذ الأجرة على الثلاثة :

وإن أجرها الإمام لاعادة أخذ الإمام الفلة وقت الإدراك ، وذهب قبل تمام السنة لا يسترد منه غلة باقى السنة فصار كالجزية ومرت القاضى قبل الحول ، ويحل للإمام غلة باقى السنة لو فقيرا وبحل الحكم فى طلبة العلم فى المدارس درر - ونظم ابن الشحنة الغيبة المسقطه للمعلوم المتقصية للعزل .

مطالب إذا مات من له شىء من الصر والحب يستحق نصيبه

[تنبيه] ذكر البيرى أيضا أنه سئل العلامة ابن ظهيرة القرشى الحنفى إذا كان للميت شىء من الصر والحب وورد ذلك عن السنين الماضية فى حياته (۱) وفى السنة التى مات فيها هل يستحقه بقسطه ؟ أجاب : نعم يستحق نصيبه منه ، وإن كان مبرة من السلطان صار نصيبه فى حكم المحلول ، وذكر الإمام أبو الليث فى النوازل أنه يكون لورثته اه ويؤيده مافى البرازية عن محمد قديم أمروا أن يكتبوا مساكن مسجدكم فكتبوا ورفضوا أساميم وأخرجوا الدرهم على عددهم فأت واحد من المساكين قال : يعطى وارثه إن مات بعد رفع اسمه اه ومنه يعلم حكم الأمانات لأوصلة لأهل مكة المشرفة والمدينة المنورة على وجه الصلة والمبرة ثم يموت المرسل إليه ، وقد أفنيت بدفع ذلك لولده ببرى (قوله وإن أجرها الإمام لا) أى لا يسقط معلومه تنزيلا لعقده منزلة القبض تأمل ، لكن تقدم أن الموقوف عليه العلة أو السكنى لا يملك الإجارة والظاهر أن هذا الفرع مبنى على القول الأول بالسقوط .

مطالب فيما إذا قبض المعلوم وغاب قبل تمام السنة

(قوله أخذ الإمام الفلة) أى قبض المعلوم السنة بتمامها كما فى البحر قال فى الهندية : إمام المسجد رفع الفلة وذهب قبل مضى السنة لا يسترد منه الصلة والعبرة بوقت الحصاد ، فإن كان يؤم فى المسجد وقت الحصاد يستحق كذا فى الوجيز وهل يحل للإمام أكل حصه ما بقى من السنة إن كان فقيرا بحل ، وكذا الحكم فى طلبة العلم يعطون فى كل سنة شيئا مقدرا من الفلة وقت الإدراك فأخذ واحد منهم قسطه وقت الإدراك فتحول عن تلك المنوسة كذا فى المحيط اه وقوله : والعبرة بوقت الحصاد ظاهره المنافاة لما قدمناه عن الطرسوسى لكن أجاب فى البحر : بأن المراد أن العبرة به فيما إذا قبض المعلوم السنة قبل مضيتها لا لاستحقاقه بلا قبض قال مع أنه نقل فى القنية عن بعض الكتب أنه ينبغى أن يسترد من الإمام حصه ما لم يؤم فيه قال ط : قلت : وهو الأقرب لفرض الواقف اه .

قلت : وينبغى تقييد هذا بما إذا لم يكن ذلك مقدرا لكل يوم لما قدمناه عن القنية إن كان الواقف قدر للمندوس لكل يوم مبلغا فلم يدرس يوم الجمعة أو الثلاثاء ، لا يحل أجر هذين اليومين وتقدم تمامه قبيل قوله ولو دارا فجارته على من له السكنى (قوله فصار كالجزية) أى إذا مات الذى فى أثناء السنة لا يؤخذ منه الجزية لما مضى من الحول ويحتمل أن المراد أنه إذا عجلها أثناء السنة ثم أسلم أو مات الذى فى أثناء السنة لا يؤخذ منه الجزية لما مضى من الحول حاصل مافى شرحه تبعاً للبرازية أنه إذا غاب عن المنوسة فلما أن يخرج من المصر أولا فإن خرج مسجرا سفر ثم رجع ليس له طلب مامضى من معلومه بل يسقط ، وكذا لو سافر لحج ونحوه وإن لم يخرج لسفر بأن خرج إلى الرستاق فإن أقام خمسة عشر يوما فأكثر فإن بلا عذر كالحروج للفتنة فكذلك وإن لعذر كطلب المعاش فهو حقو إلا أن تزيد غيبته على ثلاثة أشهر ، فليغيره أخذ حجراته ووظيفته أى معلومه وإن لم يخرج من المصر فإن اشتغل

(۱) قوله فى حياته (مطلق بالماضية وقوله : يستحق نصيبه منه أى من الوارد الفهم من ورد اه .

ومنه : وما ليس بد منه إن لم يزد على ثلاث شهور فهو يعفى وبغفر
وقد أطبقوا لا يأخذ السهم مطلقا لما قدم في الحكم في الشرع يسفر
قلت : وهذا كله في سكان المدرسة ، وفي غير فرض الحج وصلة الرحم أما فيها فلا يستحق العزل والمعلوم
كما في شرح الوهبانية للشر بلاني في المنظومة المحببة :
لا يجوز استنابة الفقيه لا ولا المدرس لعذر حصلا
كذلك حكم سائر الأرباب أو لم يكن عذر فذا من باب

بكتابة علم شرعي ، فهو عفو وإلا جاز عزله أيضا واختلف ، فيما إذا خرج للرساق وأقام دون خمسة عشر يوما
لغير عذر فقيل : يسقط ، وقيل : لا هذا حاصل ما ذكره ابن الشحنة في شرحه .
وملخصه : أنه لا يسقط معامه الماضي ، ولا يعزل في الآتي إذا كان في المصر مشتغلا بعلم شرعي أو خرج
لغير سفر ، وأقام دون خمسة عشر يوما بلا عذر على أحد القولين أو خمسة عشر فأكثر ، لكن لعذر شرعي كطلب
المعاش ، ولم يزد على ثلاثة أشهر وأنه يسقط الماضي ، ولا يعزل لو خرج مدة سفر ورجع أو سافر لحج ونحوه
أو خرج للرساق لغير عذر مالم يزد على ثلاثة أشهر ، وأنه يسقط الماضي ويعزل لو كان في المصر غير مشتغل بعلم شرعي
أو خرج منه وأقام أكثر من ثلاثة أشهر ، ولو لعذر قال الخبير الرملي : وكل هذا إذا لم ينصب نائب عنه وإلا فليس
لغيره أخذ وظيفته اه وبأني قريبا حكم النيابة هذا وفي القنية من باب الإمامة إمام يترك الإمامة لزبارة أقربائه في
الرساق أسبوعا أو نحوه أو لمصيبة أو لاستراحة لابس به ومثله عفو في العادة والشرع اه وهذا مبني على القول
بأن خروجه أقل من خمسة عشر يوما بلا عذر شرعي ، لا يسقط معلومه ، وقد ذكر في الأشباه في قاعدة العادة
محكمة عبارة القنية هذه وحملها على أنه يسامح أسبوعا في كل شهر ، واعترضه بعض محشيه بأن قوله في كل شهر ،
ليس في عبارة القنية ما يدل عليه قلت : والأظهر ما في آخر شرح منية المصلح للحلي أن الظاهر أن المراد في كل سنة .
[تنبيه] ذكر الخصاف أنه لو أصاب القيم خرس أو عمى أو جنون أو فالج أو نحوه من الآفات ، فإن أمكنه
الكلام والأمر والنهي والأخذ والإعطاء فله أخذ الأجر ، وإلا فلا قال الطروسوسي : ومقتضاه أن المدرس ونحوه
إذا أصابه عذر من مرض أو حرج بحيث لا يمكنه المباشرة لا يستحق المعلوم لأنه أراد الحكم في المعلوم على نفس
المباشرة فإن وجدت استحق المعلوم وإلا فلا وهذا هو الفقه اه ملخصا .

قلت : ولا ينافي هذا ما مر من المسامحة بأسبوع ونحوه لأن القليل مغتفر كما سوجه بالبطانة المعتادة على ما مر
بيانه في محله (قوله ومنه) أي من النظم لأن ابن الشحنة نظم في هذه المسألة خمسة أبيات فاقصر الشارح على بيئتين
منها (قوله مطلقا) أي سواء كان له منه بد أو لا لكن بعد كونه مسيرة سفر كما أفاده بقوله : والحكم في الشرع
يسفر بفتح الباء من السفر قال ناظمه والمراد بقولنا في الشرع يسفر أي من يعد مسافرا شرعا . لكن اعترضه ط
بقول القاموس السافر والمسافر لأفضل له .

مطلب في القنية التي يستحق بها العزل عن الوظيفة وما لا يستحق

(قوله قلت وهذا) أي التفصيل المذكور في القنية إنما هو فيما إذا قال : وقت هذا على ساكني مدرستي ،
وأطلق أما لو شرط شرطا تبع كحضور الدرس أياما معلومة في كل جمعة فلا يستحق المعلوم إلا من باشر خصوصا
إذا قال من غاب عن الدرس قطع معلومه فيجب اتباعه ونحوه في البحر (قوله أما فيها) أي في فرض الحج
وصلة الرحم (قوله والمعلوم) بالنصب عطفا على العزل (قوله لا يجوز استنابة الفقيه) لانهية ونحو مجزوم بها وهو

بضم أوله وكسر ثانيه ، ولا الثانية : أكيد للأولى وقوله : سائر الأرباب أى أصحاب الوظائف وقوله : فذا من باب أى عدم جواز الاستنباط إن لم يكن عن من باب أولى ، وقد تابع الناظم فى هذا ما فهمه الطرسوسى من كلام الخصاص المار آتفا قال : فإنه لم يجعل له الاستنباط مع قيام الأعداء المذكورة فإنها لو جازت لقال ، ويجعل له من يقوم مقامه إلى زوال عذره ، واعترضه فى البحر بأن الخصاص صرح بأن لقيم أن يوكل ويؤيد بمقامه ، وله أن يجعل له من المعلوم شيئا وكذا فى الإصناف وهذا كالتصريح بجواز الاستنباط ، لأن النائب وكيل بالأجرة وفى القنية استخلف الإمام خليفته فى المسجد ليؤم فيه زمان غيبته لا يستحق الخليفة من أوقاف الإمام شيئا إن كان الإمام أم أكثر السنة اه . وفى الخلاصة أن الإمام يجوز استخلافه بلا إذن بخلاف القاضي ، وعلى هذا لا نكون وظيفة شاغرة ، وتصح النيابة .

مطلب مهم فى الاستنباط فى الوظائف

قال فى البحر : وحاصل ما فى القنية : أن النائب لا يستحق شيئا من الوقف لأن الاستحقاق بالقرير ، ولم يرحى ويستحق الأصل الكل إن عمل أكثر السنة وسكت عما يعينه الأصل للنائب كل شهر فى مقابلة عمله والظاهر أنه لا يتحقق لأنها إجارة وقد وفى العمل بناء على قول المتأخرين المقتضى به من جواز الاستئجار على الإمامة والتدريس وتعليم القرآن وعلى القول بعدم جواز الاستنباط إذا لم يعمل الأصل وعمل النائب كانت الوظيفة شاغرة ، ولا يجوز لماطر الصرف إلى واحد منهما ويجوز للقاضي عزله وعمل الناس بالقاهرة على الجواز وعدم اعتبارها شاغرة مع وجود النيابة ثم قال : فالذى تحرر جواز الاستنباط فى الوظائف اه ويؤيده ما مر فى الجمعة من ترجيح جواز استنباط الخطيب قال الخطيب الرولى فى حاشيته ما تقدم عن الخلاصة ذكره فى كتاب القضاء من الكنز والمداية وكثير من المنون وأشروح والفناوى ، ويجب تفيد جواز الاستنباط بوظيفة تفيد الإنابة كالتدريس ، بخلاف العلم ، وحيث تحرر الجواز فلا فرق بين أن يكون المستناب مساويا له فى الفضيلة ، أو فوقه أو دونه كما هو ظاهر ، ورأيت متأخرى الشافعية من قبله بالمساوى ، وبما فوقه وبعضهم قال : بجوازه مطلقا ولو دونه وهو الظاهر والله تعالى أعلم اه .

وقال فى الخيزية : بعد نقل حاصل ما فى البحر والمسألة وضع فيها رسائل ، ويجب العمل بما عليه الناس وخصوصا مع العذر وعلى ذلك جميع المعلوم للمستنبط وليس للنائب إلا الأجرة التى استأجره بها اه . قلت : وهذا اختيار بخلاف ما أفق به علامة الوجود المقتضى أبو السعود من اشتراط العذر الشرعى وكون الوظيفة مما يقبل النيابة كالإفتاء والتدريس وكون النائب مثل الأصل أو خيرا منه وأن المعلوم بمقامه يكون للنائب ليس للأصل منه شئ اه ونقله البيهقى وقال : إنه الحق ، لكنه نقل عن الشيخ بدر الدين الشهاوى الحنفى مثل ما فى البحر ، وعن شيخ مشايخه القاضي على بن ظهيرة الحنفى اشتراط العذر .

مطلب فيما إذا شرط المعلوم لمباشر الإمامة لا يستحق المستنبط

قلت : أما اشتراط العذر ، فله وجه وأما كون النائب مثل الأصل أو خيرا منه فهو بعيد حيث وجدت فى النائب أهلية تلك الوظيفة ، إلا أن يراد منه فى الأهلية ، ويشير إليه ما فى فتاوى ابن الشلبى حيث سئل عن الناظر

والموتوى لو وقف أجرا
من أى جهة تولى الوقف
ومثله الوصى إذ يختلف
بحسب التقليد والنصب فقس
لكنه فى صكه ماذكرا
ماجوزوا ذلك حيث يلقى
حكمهما فى ذا على مايعرف
كل التصرفات كى لا تلتبس

قلت : لكن للسبوتى رسالة سبادة الضبابة فى جواز الاستنباط ، ونقل الاجماع على ذلك فليحفظ (ولاية نصب القيم إلى الواقف)

إذا ضعفت قوته عن التحدث على الوقف هل له أن يأذن لغيره فيه بقية حياته وهل له النزول عن النظر ؟ أجاب : نعم له استنباط من فيه العدالة والكفاية ولا يصح نزوله عن النظر المشروط له ولو عزل نفسه لم ينزل اه وأما كون المعلوم للنائب قبنا فيه ما مر عن البحر من أن الاستحقاق بالتقرير ، ولا سيما إذا باشر الأصل أكثر السنة ، فصرح ما مر عن الفتنى أنه لا يستحق النائب شيئا أى إلا إذا شرط له الأصل أجرة أما إذا كان المباشر هو النائب وحده وشرط الواقف المعلوم لمباشر الإمامة أو التدريس مثلا فلا خفاء فى اختصاصه بالمعلوم بتمامه ، وكنت فى تقيع الحامدية عن المحقق الشيخ عبد الرحمن أفندى العبادى أنه مثل فيما إذا كان مؤذنى جامع ، مرتبات فى أوقات شرطها واقفوها لم فى مقابلة أدعية يباشرونها للواقفين المذكورين وجعل جماعة من المؤذنين لم أوبا عنهم فى ذلك ، فهل يستحق النواب المباشرون للأذان والأدعية المزبورة المرتبات المرقومة دون الجماعة المذكورين الجواب : نعم :

مطلب فيما إذا أجر ولم يذكر جهة توليته

(قوله والموتوى لو وقف أجرا الخ) فى الإسعاف الناظر إذا أجر أو تصرف تصرفا آخر ، وكتب فى النص أن أجر وهو متولى على هذا الوقف ، ولم يذكر أنه متولى من أى جهة قالوا تكون فاسدة اه . قلت : وهذا مشكل إذ لو كان متوليا فى نفس الأمر من جهة الواقف أو القاضى يصح إيجاره والظاهر أن المراد فساد كتابة الصك ، لأن الصكوك تنبى على زيادة الإيضاح ، ولأنه لا يمكن للحاكم أن يحكم بصحة إيجاره وفى تصرفاته ما لم يصح نصبه ممن له ولاية ذلك يؤيده ما فى السابغ والعشرين من جامع الفصولين : لو كثر الوصى أو المتولى من جهة الحاكم فالأولى أن يكتب فى الصكوك والسجلات ، وهو الوصى من جهة حاكم له ولاية نصب الوصية والتولية ، لأنه لو اقتصر على قوله وهو الوصى من الحاكم ربما يكون من حاكم ليس له ولاية نصب الوصى ، فإن القاضى لا يملك نصب الوصى والمتولى إلا إذا كان ذكرا انتصرف فى الأوقاف والأيتام منصوبا عليه فى منشوره فصار حكمه نائب القاضى فإنه لا بد أن يذكر وأن فلانا القاضى مأذون بالإتابة تحرزا عن هذا الوهم اه قال فى البحر : ولا شك أن قول السلطان جعلتك قاضى القضاة كالتنصيب على هذه الأشياء فى المنشور كما صرح به فى الخلاصة فى مسألة استخلاف القاضى اه . (قوله بحسب التقليد) متعلق بقوله يختلف (قوله فقس كل التصرفات) أى على الإجارة وذلك كالبيع والشراء وقوله : كى لا تلتبس أى الأحكام وهو علة لقوله ماجوزوا ط (قوله سماها الضبابة) اسمها كشف الضبابة فى القاموس الضباب بالفتح : ندى كالغيم أو سمحان رقيق كالمدخان ط .

مطلب ولاية نصب القيم إلى الوقف ثم لوصيه ثم للقاضى

(قوله ولاية نصب القيم إلى الواقف) قال فى البحر قدمنا أن الولاية للواقف ثابتة مدة حياته وإن لم يشترطها وأن له عزل المتولى ، وأن من ولاء لا يكون له النظر بعد موته أى موت الواقف إلا بالشرط على قول أبى يوسف :

ثم لوصيه (لقيامه مقامه ولو جعله على أمر الوقف فقط كان وصيا في كل شيء خلافا للثاني ولو جعل النظر لرجل ثم جعل آخر وصيا كانا ناظرين مالم يخصص ، ونعامة في الاسعاف فلو وجد كتابا وقف في كل اسم متول وتاريخ الثاني متأخر اشتركا بحر .

مطلب الأفضل في زماننا نصب المتولي بلا إعلام القاضي وكذا وصي اليتيم

ثم ذكر عن التتارخانية ما حاصله أن أهل المسجد لو اتفقوا على نصب رجل متوليا لمصالح المسجد عند المتقدمين يصح ولكن الأفضل كونه بإذن القاضي ، ثم اتفق المتأخرون إن الأفضل أن لا يعلموا القاضي في زماننا لما عرف من طمع القضاة في أموال الأوقاف ، وكذلك إذا كان الوقف على أبواب معلومين بحصى حددهم إذا نصبوا متوليا وهم من أهل الصلاح اه .

قلت : ذكروا مثل هذا في وصي اليتيم وأنه لو تصرف في ماله أحد من أهل السكة من بيع ، أو شراء جاز في زماننا للضرورة ، وفي الخانية : أنه استحسان وبه يقى . وأما ولاية نصب الإمام والمؤذن فسيذكرها المصنف .

مطلب الوصي يصير متوليا بلا نص

(قوله ثم لوصيه) فلو نصب الواقف عند وته وصيا ولم يذكر من أمر الوقف شيئا تكون ولاية الوقف إلى الوصي بحر . ومقتضى قولهم وصي القاضي كوصي الميت إلا في مسائل : إن وصي القاضي هنا كذلك لعدم استثنائه من الضابط المذكور أفاده الرمل .

قلت : ووصي الوصي كالوصي كما يأتي (قوله كان وصيا في كل شيء) هو ظاهر الرواية وهو الصحيح تتارخانية (قوله خلافا للثاني) فعنده إذا قال له أنت وصي في أمر الوقف فهو وصي في الوقف فقط ، وهو قول هلال أيضا وحمل في الخانية أبا يوسف مع أبي حنيفة فكان عنه روايتان إسعاف ، وفي التتارخانية إنه قول محمد أيضا وجعل ما في الخانية ظاهر الرواية عن أبي يوسف فكان الأولى أن يقول خلافا لحمد لأن يحذف قوله فقط (قوله مالم يخصص) بأن يقول : وقت أرضي على كذا وجعلت ولايتها لفلان ، وجعلت فلانا وصي في تركاتي وجميع أموري ، فحينئذ ينفرد كل منهما بما فوض إليه إسعاف . ولعل وجهه (١) أن تخصيص كل منهما بشيء في مجلس واحد قرينة على عدم المشاركة لكن في أنفع الوسائل عن الذخيرة ولو أوصى لرجل في الوقف وأوصى إلى آخر في ولده كانا وصيين فيهما جميعا عند أبي حنيفة وأبي يوسف اه تأمل .

مطلب نصب متوليا ثم آخر اشتركا

(قوله فلو وجد كتابا وقف الخ) أي كتابان لوقف واحد وهذا الجواب أخذه في البحر من عبارة الإسعاف المذكورة ثم قال : ولا يقال إن الثاني ناسخ كما تقدم عن الخصاص في الشرائط أي من أنه لو شرط أن لا يتابع ثم قال في آخره : على أن له الاستبدال كان له لأن الثاني ناسخ للأول ، لأننا نقول إن التولية من الواقف خارجة عن حكم سائر الشرائط ، لأن له فيها التغيير والتبديل ، كلما بدا له من غير شرط في عقدة الوقف على قول أبي يوسف وأما باقي الشرائط فلا بد من ذكرها في أصل الوقف اه . وفيه نظر بل تعليقه يدل على خلافه فتأمل : نعم ذكر

(١) (قوله ولعل وجهه الخ) لاحاجة إليه بل هذا مفرغ على قول محمد ويصح تفريغه على قولنا وأيضا هذا المفرغ من الإسعاف وليس فيه القصور إلى أحد من الأئمة اه .

[فرع] طالب التولية لا يتولى إلا المشروط له النظر لأنه مولى فغيره التنفيذ نهر (ثم) إذا مات المشروط له بعد موت الواقف ولم يوص لأحد فولاية النصب

في أنفع الوسائل عن الخصاص إذا وقف أرضين كل أرض على قوم وجعل ولاية كل أرض إلى رجل ، ثم أوصى بعد ذلك إلى زيد فلزيد أن يتولى مع الرجلين ، فإن أوصى زيد إلى عمرو فلعمر ومثل ما كان لزيد قال في أنفع الوسائل فقد جعل وصي الوصي بمنزلة الواقف ، حتى جعل له أن يشارك من جعل الواقف النظر له اه وفي أدب الأوصياء عن التاترخانية : أوصى إلى رجل ومكث زماناً فأوصى إلى آخر فهما وصيان في كل وصاياه ، سواء تذكر لإبصاره إلى الأول أو نسي لأن الوصي عندنا لا ينزل ما لم يعزله الموصى ، حتى لو كان بين وصيته مدة سنة أو أكثر لا ينزل الأول عن الوصاية اه وقد قالوا إن الوقف يستق من الوصية . نعم في الفتية : لو نصب القاضي قياً آخر لا ينزل الأول إن كان منصوباً من الواقف فلو من جهته ويعلمه وقت نصب الثاني ينزل ، ومفاده الفرق بين الواقف والقاضي في نصب الثاني ففي الواقف شارك ، وفي القاضي يختص الثاني وينزل الأول إن كان يعلمه وقت نصب الثاني فاختتم هذا التحرير .

مطلب طالب التولية لا يتولى

(قوله طالب التولية لا يتولى) كنى طلب القضاء لا يقبل فتح ، وهل المراد أنه لا ينبغي أو لا يحس استظهار في البحر الأول تأمل (قوله إلا المشروط له النظر) بأن قال جعلت نظر وقني لملان ، والظاهر أن مثله ماله شرعاً للدكتور من الموقوف عليهم ولم يوجد غير ذكر واحد ، وأما لو انحصر الوقف في واحد لا يلزم أن يكون هو الناظر عليه بالشرط الواقف كما قدمناه من جامع الفصولين عند قوله الموقوف عليه لا يملك الإيجار ولا الدعوى .

مطلب التولية خارجة عن حكم سائر الشرائط

لأن له فيها التغيير بلا شرط بخلاف باقي الشرائط

(قوله بعد موت الواقف الخ) قيد به لأنه لو مات قبله قال في المجتبى ولاية النصب للواقف وفي السير الكبير قال محمد النصب للقاضي اه : وفي الفتاوى الصغرى : الرأى للواقف لا للقاضي ، فإن كان الواقف ميتاً فوصيه أولى من القاضي فإن لم يكن أوصى فالرأى للقاضي اه بمر ومفاده أنه لا يملك التصرف في الوقف مع وجود المتولى ومنه الإيجار كما حررناه عند قول المصنف ولولائي أو عجز عمر الحاكم بأجرتها الخ ويؤيده قوله في البحر بعد ما قلناه عه .

مطلب ولاية القاضي متأخرة عن المشروط له ووصيه

فأفاد أن ولاية القاضي متأخرة عن المشروط له ووصيه ، فيستفاد منه عدم صحة تقرير القاضي في الوظائف في الأوقاف إذا كان الواقف شرط التقرير للمتولى ، وهو خلاف الواقع في القاهرة في زماننا وقبله يسير اه وأفتى في التغيير بهذا المستفاد وقال : وبه أفتى العلامة قاسم كما قدمناه عند قول المصنف وينزع لو غير مأمون (قوله ولم يوص) أي المشروطة له قال في البحر : إذا مات المتولى المشروط له بعد الواقف فالقاضي ينصب غيره ، وشرط في المجتبى أن لا يكون المتولى أوصى به לאחר عند موته ، فإن أوصى لا ينصب القاضي اه .

(للقاضي) إذ لا ولاية لمستحق إلا بتولية كما مر (وما دام أحد يصلح للتولية من أغارب الواقف لا يجعل المثلوى من الأجانب) لأنه أشقق

قلت : وهذا إذا لم يكن الواقف شرط بعد المثلوى المذكور إلى آخر لأنه يصير مشروطا أيضا ويأتي بيانه قريبا .

مطلب المراد قاضي القضاة في كل موضع ذكروا القاضي في أمور الأوقاف

(قوله للقاضي) قيده في البحر بقاضي القضاة أخذا من عبارة جامع الفصولين التي قدمناها قبل ورقة ثم قال وعلى هذا فقولهم في الاستدانة بأمر القاضي المراد به قاضي القضاة وفي كل موضع ذكروا القاضي في أمور الأوقاف بخلاف قولهم : وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاه فإنه أعم كما لا يخفى اهـ .

مطلب نائب القاضي لا يملك إبطال الوقف

قال في الخبرة وهو صريح في أن نائب القاضي لا يملك إبطال الوقف ، وإنما ذلك خاص بالأصل الذي ذكره له سلطان في منشوره نصب الولاية والأوصياء ، وفوض له أمور الأوقاف ، وينبغي الاعتقاد عليه وإن بحث فيه شيخنا الشيخ محمد بن سراج ندين الخانوقى لما في إطلاق مثله للنواب في هذا الزمان من الاختلال والمسألة لانص فيها بخصوصها فيما اطلعنا عليه ، وكذا فيما اطلع عليه شيخنا المذكور وصاحب البحر وإنما استخرجها تفقها اهـ ونقل في حاشيته على البحر عبارة شيخه الخانوقى بطولها ، وأقرها ومن جملتها وما يدل على عدم اختصاص قاضي القضاة باستبدال الوقف ، بل يجوز من نائبه أيضا أن نائبه قائم مقامه ، ولذا كان المفهوم من كلامهم أنه إذا شرط في منشوره تزويج إصغار والصغار كان منصوبه ذلك وعبارة ابن المهام في ترتيب الأولياء في النكاح ، ثم السلطان ثم القاضي إذا شرط في عهده ذلك ثم من نصبه القاضي اهـ ملخصا :

[تنبيه] قدمنا عن البحر أن المثلوى يتعزل بموت الواقف إلا إذا جعله قبا في حياته ، وبعد موته وذكر في القنية إذا مات القاضي أو عزل يبنى مانصه على حاله قياسا على نائبه في القضاء اهـ قال في أنفع الوسائل : وينبغي أن يحمل على ما إذا عم له الولاية في حياته وبعد وفاته ، لأن القاضي بمنزلة الواقف اللهم إلا أن يقال إن ولاية القاضي أعم وفعله حكم ، وحكمه لا يبطل بموته ولا عزله وتعامه فيه لكنه ذكر أن ولاية الوقف للقاضي وإن لم يشترطها السلطان في تقليده ، ولم يعزه إلى أحد وهو مخالف المنقول في جامع الفصولين كما علمت (قوله إذ لا ولاية لمستحق) تعاميل لما فهم من حصر الولاية بمحق ذكر (قوله كما مر) أى من قوله والموقوف عليه الغلة لا يملك الإجارة إلا بتولية وقد علمناه قريبا .

مطلب لا يجعل الناظر من غير أهل الوقف

(قوله وما دام أحد الخ) المسألة في كافي الحاكم ونصها : ولا يجعل القيم فيه من الأجانب ما وجد في ولد الواقف ، وأهل بيته ممن يصلح لذلك فإن لم يجد فيهم من يصلح لذلك ، فجعله إلى أجنبي ثم صار فيهم من يصلح له صرفه إليه اهـ ومفاده : تقديم أولاد الواقف وإن لم يكن الوقف عليهم بأن كان على مسجد أو غيره ، ويدل له التعليل الآتي وفي الهندية عن التهذيب : والأفضل أن ينصب من أولاد الموقوف عليه ، وأقاربه مادام يوجد أحد منهم يصلح لذلك اهـ والظاهر : أن مراده بالموقوف عليه من كان من أولاد الواقف ، فلا يتنافى ما قبله ثم تعبهه بالأفضل

ومن قصده نسبة الوقف إليهم (أراد المتولى إقامة غيره مقامه في حياته) وصحته (إن كان التفويض له) بالشرط (عاما صرح) ولا يملك عزله إلا إذا كان الواقف جعل له التفويض والعزل (وإلا) فإن فوض في صحته (لا) يصح وإن في مرض موته صرح وينبغي أن يكون له العزل والتفويض إلى غيره كإلياءه أو إنباءه.

يقيد أنه لو نصب أجنبيا مع وجود من يباح من أولاد الواقف يصح فافهم. ولا ينافي ذلك ما في جامع الفصولين من أنه لو شرط الواقف كون المتولى من أولاده وأولادهم ليس لنقاضي أن يولى غيرهم بلا خيانة، ولو فعل لا يصير متوليا له لأنه فيما إذا شرط الواقف وكلامنا عند عدم الشرط، ووقع قريبا من أواخر كتاب الوقف من الخيرية ما يفيد أنه فهم عدم الصحة مطلقا كما هو اشتباذ من لفظ لا يجعل فتأمل. وأفي أيضا بأن من كان من أهل الوقف لا يشترط كونه مستحقا بالفعل بل يكفي كونه مستحقا بعد زوال المانع وهو ظاهر، ثم لا يخفى أن تقديم من ذكر شروط بقيام الأهلية فيه حتى لو كان خائفا يولى أجنبيا حيث لم يوجد فيهم أهل لأهله إذا كان الواقف نفسه يعزل بالتحانية فقيره بالأولى.

مطلب إذا قبل الأجنبي النظر مجانا فللقاضي نصيبه

[ثنيه] قدمنا عن البري عن حاوي الحصري عن وقف الأصباري أنه إذا لم يكن من يتولى الوقف من جيران الواقف وقربائه إلا برزق وقبل واحد من غيرهم بالبرزق فللقاضي أن ينظر الأصلح لأهل الوقف (قوله ومن قصده) أي قصد الوقف. وعجالة الإسماعيل أو لأن من قصد الواقف نسبة الوقف إليه وذلك فيما ذكرنا.

مطلب للنظر أن يوكل غيره

(قوله أراد المتولى إقامة غيره مقامه) أي بطريق الاستقلال، أما بطريق التوكيل فلا يتقيد بمرض الموت. وفي الفتح للنظر أن يوكل من يقوم بما كان إليه من أمر الوقف ويحمله له من جهله شيئا وله أن يعزله ويستبدل به أو لا يستبدل، ولو جاز العزل وكيهه ويرجع إلى القاضي في النصب اه وشمل كلام المصنف المتولى من جهة القاضي أو الواقف كما في أنفع الوسائل عن التهمة، وقال وهو أعم من قوله في التنية للمتولى أن يفوض فيما فوض إليه إن عزم القاضي التفويض إليه وإلا فلا اه فإن ظاهره أن هذا الحكم في المتولى من جهة القاضي فقط (قوله وصحته) عطف تفسير أراد به بيان أن المراد بالحياة ما قبال المرض، وهو الصحة لا ما يشملهما فافهم. (قوله إن كان التفويض له بالشرط عاما صرح) لم يظهر له معنى قوله بالشرط، ولعل المراد به اشتراط الواقف أو القاضي ذلك له وقت النصب، ومعنى العموم كما في أنفع الوسائل أنه ولاه وإقامه مقام نفسه وجعل له أن يستبدل ويوصي به إلى من شاء ففي هذه الصورة يجوز التفويض منه في حال الحياة وفي حالة المرض المتصل بالموت اه (قوله ولا يملك عزله إلخ) هذا ذكره الطرطوسي بحثا وقال بخلاف آوائف. فإن له عزل القيم وإن لم يشترطه القيم لا يملكه كالتوكيل إذا أذن له الموكل في أن يوكل فوكل حيث لم يملك العزل، وكالقاضي إذا أذن له السلطان في الاستخلاف فاستخلف شخصا لا يملك عزله، إلا إن شرط له السلطان العزل وأطال في ذلك فراجع إن شئت (قوله وإلا) أي وإن لم يكن التفويض له عاما لا يصح، وقوله: فإن فوض في صحته الأولى حذفه لأن الكلام في الصحة، وحينئذ فقله وإن في مرض موته مقابل لقوله في حياته وإنما صرح إذا فوض في مرض (حاشية ابن عابدين - ۲)

قال : وصلت عن ناظر معين بالشرط ثم من بعده للحاكم فهل إذا فوض النظر لغيره ثم مات ينقل للحاكم ؟ فأجبت : إن فوض في صحته فعم ، وإن في مرض موته لا مادام الفوض له باقيا لقيامه مقامه ،

موته وإن لم يكن التفويض له عاما لما في الخاتمة من أنه بمنزلة الوصي^(۱) والوصي أن يوصى إلى غيره اه وسيل ذكر الشارح في كتاب الإقرار عن الأشباه الفعل في المرض أحط رتبة من الفعل في الصحة إلا في مسألة إسناد الناظر النظر لغيره بلا شرط فإنه في مرض الموت صحيح لاقى الصحة كما في التهمة وغيرها اه . ووجهه ما علمته من أنه بمنزلة الوصي . ولما كان الوصي له عزل من أوصى إليه ونصب غيره أنجه قوله : ويبنى أن يكون له العزل والتفويض كالإيصاء بخلاف الإسناد في حال الصحة لأنه في حال الصحة كالوكيل ولا يملك الوكيل العزل كما مر .

مطلب في الفرق بين تفويض الناظر النظر في صحته وبين فراغه عنه

[تنبيه] صرحوا بصحة الفراغ عن النظر وغيره من الوظائف ، وأقوى العلامة قاسم بسقوط حق الفراغ بمجرد فراغه لكنه لم يتابع على ذلك فلا بد من تقرير القاضي كما قدمناه عند قوله : وينزع لو غير مأمون ، وأنت خير بأن هذا شامل للفراغ في حال الصحة والمرض ، فينافي ما هنا من عدم صحة التفويض في حال الصحة بلا تعميم ، وتوقفت في ذلك مدة وظهري الآن الجواب بأن الفراغ مع التقرير من القاضي عزل لا تفويض ، ويدل عليه قوله في البحر : إذا عزل نفسه عند القاضي فإنه ينصب غيره ولا يعزل يعزل نفسه ألم يبلغ القاضي ، ثم قال : ومن عزل نفسه الفراغ عن وظيفة النظر لرجل عند القاضي الخ ، فهذا صريح فيما قلناه والله الحمد وبه ظهر أن قولهم هنا لا يصبح إقامة المتولي غيره مقامه في حياته وصحته مقيد بما إذا لم يكن عند القاضي . أما لو كان عند القاضي كان عزلا لنفسه وتقرير القاضي للغير نصب جديد وهي مسألة الفراغ بعينها وهذا يتجه عدم سقوط حق الفراغ قبل تقرير القاضي ، خلافا لما أقى به العلامة - قاسم إذ لو سقط قبله انتقض (۲) قولهم لا يصح إقامة في صحته بخلافه بعد تقرير القاضي ، لأنه بعده يصير عزلا لنفسه عن الوظيفة . ولا يرد أن العزل يكفي فيه مجرد علم القاضي كما مر فلا حاجة إلى التقرير ، لأن الفراغ عزل خاص (۳) مشروط فإنه لم يرض يعزل نفسه إلا لتعير الوظيفة لمن نزل له عنها فإذا قرر القاضي المنزول له تحقق الشرط فتحقق العزل وبهذا تجمع كالحاتم ، فاغتم هذا التحرير فإنه فريد (قوله قال) أي صاحب الأشباه (قوله فأجبت إن فوض الخ) أي أخذنا مما مر آفا من الفرق بين حال الصحة والمرض ، لكن فيه أن مقتضى كلام الواقف عدم الإذن بإقامة غيره مقامه لاقى الصحة ولا في المرض حيث شرط انتضاله من بعده للحاكم ، وكلما نقل الحموي أنه يجب انتقاله للحاكم ولو فوض في مرضه

(۱) قوله لما في الخاتمة من أنه بمنزلة الوصي الخ فيه أن هذا ثابت مع القادر لأن كلامنا الآن في تفويض المتولي متى فراه عن النظر وتزوله منه لا يرضى لا في إيصاء بالنظر حتى يصح اقتباسه من الوصي اه أي لأن الإيصاء جعل الغير وصيا به الموت والتفويض جعل الغير متوليا في الحال فافترقا اه .

(۲) قوله إذ لو سقط قبله انتقض الخ لا انتقاض لأن المنفى الآتية بمعنى المتولية والتي أقى به العلامة قاسم إنما هو صحة الفراغ وعزل الفارغ ولم يقع في كلامه التبرع لصحة المتولية ولا تلازم بين صحة الفراغ والمتولية أي لا يلزم من صحة فراه لغيره بمعنى عزله لنفسه صحة توليه للفروع له اه .

(۳) قوله لأن الفراغ عزل خاص الخ هذا يلحق عدم صحة توليه غير المنزول له لأن الفارغ لم يرض لعزل نفسه إلا لتعير الوظيفة لمن نزل له لأن الفراغ عزل مشروط بالصبر ورة المذكورة مع أنه تقدم للمضى أنه يصح العزل ولا يتعين من الدائم توليه للفروع له بل له أن يولي غيره اه .

ومن وافق شرط مرتباً لرجل معين ، ثم من بعده للفقراء ففرغ منه لغيره ثم مات هل ينتقل للفقراء ؟ فأجبت :
بالانتقال وفيها للواقف عزل الناظر مطلقاً به يفتى ولم أر حكم عزله للمدرس وإمام ولاهما ،

لأن في التصريح تفويت العمل بالشرط المنصوص عليه من الواقف اه ونقل السيد أبو السعود : أن هذه المسألة
مالم يطلع على نص فيها اه .

مطلب شرط الواقف النظر لعبد الله ثم زيد ليس لعبد الله أن يفوض لرجل آخر

قلت : بل هي منصوبة في أنفع الوسائل عن أوقاف هائل ، ونصه : إذا شرط الوقف ولاية هذه الصدقة
إلى عبد الله ومن بعد عبد الله إلى زيد فمات عبد الله وأوصى إلى رجل أيكون الوصى ولاية مع زيد قال لا يجوز
له ولاية مع زيد اه ولا يخفى أن قوله : فمات عبد الله وأوصى إلى رجل يقتضي أن ذلك في المرض ، قبل إبه
محمول على حالة الصحة فلا يتأني ما في الأشباه مردود ، بل العمل بالمتبادر من المقول م م يوجد قبل صريح
بخلافه ، ولم يستند في الأشباه إلى نقل حتى يعدل عن هذا المقول الواجب العمل به لأنه مقتضى نص الواقف ،
وهذا ما حرره سيدي عبد الفتى النابلسي رادا على الأشباه ، وبذلك أتى العلامة الح وتي أيضاً فمن شرط الناظر
للأرشد من ذريته ففرغ الأرشد لزوج بنته ومات فقال ينتقل لمن بعده علماً بشرط الواقف ، ونهاه في فتاواه .
وفي فتاوى الشيخ إسماعيل : التصويض المخالف لشرط الواقف لا يصبح فإذا شرط للإرشد موقوف الأرشد في المرض
لغير الأرشد وظهرت خيانه يولى القاضي الأرشد اه وقوله : وظهرت خيانه أى خيانة الموقوف حيث
خالف في تفويضه ذلك شرط الواقف ، وما اشتهر على الألسنة من أن مختار الأرشد أرشد قدمنا رده عند قوله
وينزع لو غير مأون الخ وتعام ذلك في كتابنا تنقيح الفتاوى الحامدية (قوله شرط مرتباً) أى رتب له من ريع
الوقف دواهم أو غيرها (قوله وفيها) أى في الأشباه .

مطلب للواقف عزل الناظر

(قوله للواقف عزل الناظر مطلقاً) أى سواء كان بمنحة أولاً وسواء كان شرط له العزل أولاً وهذا عند
أبي يوسف لأنه وكيل عنه وخالفه محمد كما في البحر : أى لأنه وكيل الفقراء عنه ، وأما عزل القاضي للناظر
فقد مناه الكلام عليه عند قوله وينزع لو غير مأون الخ (قوله به يفتى) والذي في التجميع والفتوى على قول
محمد أى بعدم العزل عند عدم الشرط ، وجزم به في تصحيح القدوري للعلاء قاسم وكذلك المؤلف أى ابن
تجميع في رسائله وهو من باب الاختلاف في الاختيار اه يرى أى فيه اختلاف التصحيح :
قلت : وهو مبنى على الاختلاف في اشتراط التسليم إلى المتولى فإنه شرط عند محمد فلا تبقى للواقف
ولاية إلا بالشرط ، وغير شرط عند أبي يوسف فتبقى ولايته فاختلف التصحيح هنا مبنى على اختلافه هناك .

مطلب في عزل الواقف للمدرس وإمام وعزل الناظر نفسه

(قوله ولم أر حكم عزله للمدرس وإمام ولاهما) أقول : وقع التصريح بذلك في حق الإمام والمؤذن ولا ريب أن
المدرس كذلك بلافرق . ففي لسان الحكماء عن الحائفة إذا عرض للإمام والمؤذن علو منعه من المباشر ستة أشهر
للمتولى أن يزلّه ويؤجل غيره ، وتقدم ما يدل على جواز عزله إذا مضى شهر يبرى . أقول : إن هذا العزل لسبب
مقتضى والكلام عند عدمه ط .

ويبطل البيع (الباقى) للمسجد (أولى) من القوم (بنتصب الإمام والمؤذن في المختار إلا إذا عين القوم أصاح من عينه) الباقي (صح الوقف قبل وجود الموقوف عليه) فلو وقف على أولاد زيد ولا ولد له أو على مكان هياه لبناء مسجد أو مدرسة صح (في الأصح) وتصرف الغلة للفقراء إلى أن يولد لزيد أو يبنى المسجد عمادة. زاد في النثر:

الشارح في مسائل شتى آخر الكتاب تقبل على الأصح خلافا لما صوبه الزيلعي اه. قلت: ويظهر أن التحقير هو التفضيل والتوقيع وذلك أن البائع إذا ادعى فإن كان هو الموقوف عليه تقبل بيته على إثبات أصل الوقف ولا يعطى شيئا من الغلة لعدم صحة دعواه وقدم عند قوله وتقبل فيه الشهادة بدون الدعوى تحقيق ما ذكره المصنف في شرحه من أن ثبوت أصل الوقف لا يحتاج للدعوى وأن المستحق لا يدفع له شيء بلا دعوى حينئذ فإذا كان البائع هو المستحق لا تسمع دعواه لتناقصه بخلاف ما إذا كان المدعى غيره من المستحقين لعدم التناقص منهم. وأما إذا كان الوقف على الفقراء أو على المسجد فتقبل البيعة وثبت الوقف بلا فرق بين كون المدعى هو البائع أو غيره والله سبحانه أعلم [تنبه] بنى الموالى شترى دارا ثم ادعى المشتري أنها وقف تسمع دعواه على البائع لو هو المتولى (١) ولا تنصب قاضي له متوليا. وعلى قول أبى جعفر وغيره: وإن لم تسمع الدعوى على غير المتولى للتناقص تقبل الشهادة بدون الدعوى وتام ذلك في الطبرية في الثلث الثالث من كتاب الوقف (قوله الباقي أولى) وكذا ولده وعشيرته أولى من غيرهم أشباه (قوله بنصب الإمام والمؤذن) أما في العمارة فنقل في نفع الوسائل أن الباقي أولى (٢) (قوله) إلا إذا عين القوم أصاح من عينه لأن منفعة ذلك ترجح إليهم أنفع الوسائل (قوله) أو على مكان هياه الخ) فيه نظر فإن المكان موجود فيكون وقفا على وجوده والذي في المنع عن العمادة هيا. وضا لبناء مدرسة وقبل أن يبنى وقف على هذه المدرسة وثمنا شرائطه وجعل آخره لفقراء الخ وقيد بتيئة المكان لأنه لو وقف على مسجد سيظهره ولم يبي. مكانه لم يصح الوقف كما أفتى به وفق دة الحق عبد الرحمن أفندي العمادى (قوله وتصرف الغلة للفقراء الخ). أقول: هذا الوقف يسمى منقطع الأول: قال في الخانية ولو قال أرضي صدقة موقوفة على من يحدث لى من الولد وليس له ولد يصح فإذا أدركت الغلة تنقسم على الفقراء وإن حدث له ولد بعد القسمة تصرف الغلة التي توجد بعد ذلك إلى هذا الولد لأن قوله صدقة موقوفة وقف على الفقراء وذكر الولد الحادث للاستثناء كأنه قال إلا إن حدث لى ولد فغالبه ما بقى أهونه ما فى الإسعاف وقف على ولده وليس له إلا ولد ابن تصرف الغلة لولد الابن إلى أن يحدث للواقف ولد لصلبه فتصرف إياه وقد يكون منقطع الوسط ومنه ما فى الخانية وقف على ولديه ثم على أولادها أبدا. أو أناسا أو قال ابن الفضل إذا مات أحدهما عن ولد يصرف نصف الغلة إلى الباقي والنصف إلى الفقراء فإذا مات الآخر يصرف الجميع إلى أولاد أولاد الوافين لأن راعا شرط الواقف لازم والواقف إنما جعل أولاد الأولاد بعد انقراض البطن الأول فإذا مات أحدهما يصرف النصف إلى الفقراء اه.

مطلب في الوقف المنقطع الأول والمنقطع الوسط

[تنبه] علم من هذا أن منقطع الأول ومنقطع الوسط يصرف إلى الفقراء. ووقع في الطبرية بخلافه حيث قال في تعاليل جواب مانصه للانقطاع الذى صرحوا به بأنه يصرف إلى الأقرب للواقف لأنه أقرب لغرضه على الأصح اه

(١) قوله تسمع دعواه على البائع لو هو المتولى الظاهر أن مرجح التفسير المشتري فإن المعروف من كلامهم اشتراط العولية في المدعى لا في المدعى عليه حتى يصح رجوعه على البائع، لكن قوله أبى جعفر وإن لم تسمع الدعوى على غير المتولى يلهى أن مرجح التفسير في حديثنا هو البائع. وبعبارة الطبرية كذلك اه تأمل.

(٢) قوله أبى جعفر لا تفصل قال شيخنا: مقتضى التعليل المذكور في مسألة المؤذن والإمام جريانه في مسألة العمارة أيضا بل ربما كان التعليل في العمارة أولى اه.

وینبغي أنه لو وقفه على مدونة يدرس فيها المدرس مع طلبته فدرس في غيرها لتعذر التدريس فيها أن تصرف العلوة له لالفقراء كما يقع في الروم ۛ

[فروع مهمة حدثت للفتوى] أرصد الإمام أرضا على ساقية ليصرف خراجها لكتفتها فاستغنى عنها لخراب البلد فنقلها وكيل الإمام لساقية هي ملك هل يصح ؟ أجاب بعض الشافعية بأن الإرصاء على الملك إرصاء على المالك يعني فيصح فحينئذ يلزم المرصد عليه إدارتها كما كانت لما في الحواشي الحوض إذا خرب صرفت أوقافه في حوض آخر فتدبر ۛ

دار كبيرة فيها بيوت وقف بيتا منها على عتيقة فلان والباقي على ذريته وعقبه ثم على عتقائه ذآل اوقف إلى المتقاء هل يدخل من خصه بالبيت في الثاني؟ اختلف الإفتاء أخذنا من خلاف

وهذا سبق قلم فإن ما ذكره مذهب الشافعي فقد قال نفسه في عمل آخر من الخيرية والمنقطع الوسط فيه خلاف قيل يصرف إلى المساكين وهو المشهور عندنا والمتظاهر على السنة علمائنا ثم قال بعد أسطر في جواب سؤال آخر وفي منقطع الوسط الأصح صرفه إلى الفقراء وأما مذهب الشافعي فالمشهور أنه يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف اه (قوله ينبغي الخ) وفي فتاوى الحانوتي بعد كلام فعلم أنه إذا شرط الوقف المعلوم لأحد أنه يستحقه عند قيام المانع من العمل ولم يكن بتقصيره سواء كان ناظرا أو غيره كالجابي اه (قوله أرصد الإمام أرضا) أي أخرجها من بيت المال وعينها لهذه الجهة والإرصاء ليس بوقف حقيقة لعدم المالك بل يشبهه كما قدمناه (قوله يعني فيصح) عبارة النهر بعده وهذا لم أره في كلام علمائنا إلا أنه في الخلاصة قال المسجد إذا خرب أو الحوض إذا خرب ولم يحج إليه لتفرق الناس عنه صرفت أوقافه في مسجد آخر أو حوض آخر اه وعلى هذا فيلزم المرصد عليه أن يديرها لسنى الدواب وتسييل الماء كما كانت ، ولا يتوهم من كونه إرصاءا على المالك أن لا يلزم ذلك فتدبره اه كلام ۛ ر وحاصلها : أن المنقول عندنا أن الموقوف عليه إذا خرب يصرف وقفه إلى مجانسه فتصرف أوقاف المسجد إلى مسجد آخر وأوقاف الحوض إلى حوض آخر والإرصاء نظير الوقف ، فحيث استغنى عن الساقية الأولى وأرصد وكيل الإمام الأرض على الساقية الثانية المملوكة وكان ذلك إرصاءا على مالكها يلزم المالك أن يدير تلك الأرض أي غلبها وخارجها إلى سنى الدواب ونحوها ليكون صرفا إلى ما يجانس الأول كنافى الوقف ، لأن وكيل الإمام لم يرصدها لينتفع المالك بخراجها كيفما أراد بل ليكون لسنى الماء كما كانت حين أرصدها الإمام أولا ، وظاهر هذا أنه لا يلزم المالك إدارة خراج الأرض على ساقية التي أرصد عليها وكيل الإمام بل عليها أو على ساقية أخرى إذ لا يلزمه بالإرصاء المذكور أن يسيل ملكه كما لا يخفى ، وبهذا التقرير يظهر لك أن التضمير في قوله إدارتها كما كانت عائد إلى الأرض المرصدة لا إلى الساقية كما لا يخفى وإلا زعم أن يجعل ساقية سيلا للناس جبرا ولا يقول أحد فافهم (قوله لما في الحواشي الخ) حاصله : أن ما خرب تصرف أوقافه إلى مجانسه فكذا الإرصاء ، فهو استدلال على قوله تلزم إدارتها أي الأرض المرصدة كما كانت أي بأن يصرف خراجها في تسييل الماء كما قررناه ، والمقصود إلحاق الإرصاء بالوقف لأنه نظيره ولا يضر كون القل فيما ذكره من وقف إلى وقف وفي الحادثة من وقف إلى ملك فافهم .

ـ مطلب وقف بيتا على عتيقة فلان والباقي على عتقائه هل يدخل فلان معهم ؟

(قوله في الثاني) متعلق بیدخل أي في الوقف الثاني الموقوف على الذرية والعقب ثم على العتقاء والمراد هل يشارك عتيقة فلان بقية المتقاء فيما آل إليهم لكونه منهم أولا يدخل لكون الواقف خصه بوقف على حدة

مذكور في الذخيرة ، لكن في الخاتمة أوصى لرجل بمال وللفقراء بمال والموصى له يحتاج محل يعطى من نصيب الفقراء؟ اختلفوا والأصح نعم ؟
استأجر دارا موقوفة فيها أشجار شجرة حل له الأكل منها ؛ فظاهر أنها إذا لم يعلم شرط الواقف لم يأكل لما في الحاوی : غرس في المسجد أشجارا تشبه إن غرس السبل فشكل مسلم الأكل ولا فتياح لمصالح المسجد

(قوله المذكور في الذخيرة) عبارتها لوجعل نصف غنة أرضه لفقراء ابنه والنصف الآخر للمساكين فاحتاج فقراء قرابة هل يعطون من نصف المساكين؟ قال هلال لا. وهو قول إبراهيم بن خالد السعدي ، وقال إبراهيم بن يوسف وعلى بن أحمد الفارسي وأبو حفص الخنوافي : يعطون له نهر (قوله لكن في الخاتمة الخ) استدراك على قوله استأجر الإذنه فإن المراد به إفتاء بعض علماء الروم يعني حيث وجد تصريح الخاتمة بالأصح فلا وجه للاختلاف بل يلزم متابعة الأصح بعد عبارة الخاتمة. وقيل في النهر : هذا لمخصر رسالة كبيرة قولانا قاضي القضاة على جوابي وضعها حين نقص حكم مولانا محمد شاه بادرته وكل منهما رد على صاحبه وقد علمت ماهو المعتمد فاعتمده ، والله سبحانه الموفق اهـ.

مطلب وقف النصف على ابنه زيد والنصف على امرأته ثم على أولاده يدخل زيد فيهم

قلت : وقد رأيت في الخاتمة صريح الواقعة وهو وقف ضيعة نصفها على امرأته ونصفها على ولديها على أنه إن ماتت المرأة نصيب أولادهم ماتت المرأة فالنصف لابنهم زيد ونصيب المرأة لساكن الأولاد ولزيد لأنه جعل نصيبها بعد موتها لأولاده وزيد منهم أيضا اهـ ملخصا لمبحث فيه خلافا . وأما مسألة الوصية المذكورة هنا فقد ذكر في الولوالية فيها تفصيلا فقال : إن أوصى للكل دفعة واحدة لا يأخذ ، وإن أوصى له ثم أوصى بوصايا أخر ثم أوصى في أخره للفقراء بكذا فله الأخذ لأنه في الأول لما قال بمرة واحدة ميز بينه وبين الفقراء فلا يصح الجمع اهـ. وأقوى الحان في الوقف بمثل قياسا عليه فيمن وقف ثلثي كذا على طائفة والثلث على الفقراء قراجه ، لكن ما نقلناه عن الخاتمة يخالفه فإن ظاهره أنه وقف الكل دفعة واحدة وهو ظاهر ما نقله الشارح عنها أيضا . فالظاهر عدم التفصيل (١) في الوقف والوصية ، والله سبحانه أعلم .

مطلب استأجر دارا فيها أشجار

(قوله لم يأكل) أي بل يبيعها المتولى ويصرفها في مصالح الوقف نجر (قوله إن غرس للسبل) وهو الوقف على العامة بجر (قوله ولا) أي وإن لم يجرسها للسبل بأن غرسها أو لم يعلم غرضه بجر عن الحاوی ، وهذا محل الاستدلال على قوله الظاهر أنه إذا لم يعلم شرط الواقف لم يأكل وهو ظاهر فافهم وأصله لصاحب البحر حيث قال : ومقتضاه أي مقتضى ما في الحاوی أنه في البيت الموقوف إذا لم يعرف الشرط أن يأخذها المتولى لبيعها ويصرفها في مصالح الوقف ، ولا يجوز للمستأجر الأكل منها اهـ وضمير يبيعها للدار لا لأشجار لما في البحر من الظهيرة شجرة وقف في دار وقف غرت ليس للمولى أن يبيع الشجرة ويعبر الدار ولكن يكرى الدار ويستعين بالكرام على

(١) (قوله فالظاهر عدم التفصيل) فيه أن هذا الظاهر يخالف لفظة حل المطلق على المقيية عند المدة وقد اتحدت لمحب حل ما في الحاجة على ما إذا كان عقد واحد. وقد رأيت في الهبة من المذهب ما يذهب ذلك حيث قال به نقل عبارة المارة يجب أن يكون جواب هلال فيما إذا كان عقد واحد اهـ .

قولهم : شرط الواقف شخص الشارع أى فى المفهوم والدلالة

عمارة الدار لا بالشجرة اه فهذا مع محراب الدار ، فكيف يجوز بيعها مع عمارتها ثم الظاهر أنه فى مثلثا يدفع الشجرة على وجه المساقاة للمستأجر ، قال فى الاسعاف : ولو كان فى أرض الوقف شجر فدفعه معاملة بالنصف مثلما جاز اه ثم ظاهر كلام البحر أن هذه الأشجار فى الدار لا تمنع صحة استئجارها لأنها لا تعد شاغلة لأنها لا تغل بالمقصود ، وهو السكنى بخلاف الأشجار فى الأرض لأن ظلمها يمنع الانتفاع بالزراعة ، ولهذا شرطوا أن يقدم عقد المساقاة على الأشجار وساقا فى مسألة غرس المستأجر والمتولى :

مطلب فى قولهم شرط الواقف كنص الشارع

(قوله قولهم شرط الواقف كنص الشارع) فى التحيرية قد صرحوا بأن الاعتبار فى الشروط لما هو الواقع لا لما كتب فى مكتوب الوقف ، فلو أقيمت بينة لما لم يوجد فى كتاب الوقف عمل بها بلا ريب ، لأن المكتوب بخط مجرد ولا عبرة به نظروا عن الحجج الشرعية اه ط :

مطلب بيان مفهوم المخالفة

(قوله أى فى المفهوم والدلالة الخ) كذا عبر فى الأشباه والذى فى البحر عن العلامة قاسم فى الفهم والدلالة وهو المناسب ، لأن المفهوم عندنا غير معتبر فى النصوص والمراد به مفهوم المخالفة المسمى داليل الخطأ ، وهو أقسام مفهوم الصفة ، والشرط والغاية والعدد واللقب أى الاسم الجامد ككتاب مثلا ، والمراد بعدم اعتباره فى النصوص أن مثل قولك : أعط الرجل العالم أو أعط زيدا إن سألتك أو أعطه إلى أن يرضى أو أعطه عشرة أو أعطه ثوبا لا يدل على نفي الحكم من المخالف للمنطوق بمعنى أنه لا يكون منبها عن إعطاء الرجل الجاهل ، بل هو مسكوت عنه وباقى على عدم الأصل ، حتى يأتى دليل يدل على الأمر بإعطائه أو النهى عنه وكذا فى البواقى ونحوها الكلام على ذلك فى كتب الأصول :

مطلب مفهوم التصنيف حجة

نعم المفهوم معتبر عندنا فى الروايات فى الكتب ، ومنه قوله فى أنفع الوسائل مفهوم التصنيف حجة اه أى لأن الفقهاء يقصدون بذكر الحكم فى المنطوق نفيه عن المفهوم غالبا كقولهم : يجب الجمعة على كل ذكر حر بالغ عاقل مقيم ، فانهم يريدون بهذه الصفات نفي الوجوب عن مخالفتها ، ويستدل به الفقيه على نفي الوجوب على المرأة والعبد والصبي الخ وقد يقال إن مراده بقوله فى المفهوم أنه لا يعتبر مفهومه كمالا باعتبار نصوص الشارع :

مطلب لا يعتبر المفهوم فى الوقف

وفى البرى نحون لا نقول بالمفهوم فى الوقف كما هو مقرر ونص عليه الإمام الخصاص وأقضى به العلامة قاسم اه وبه صرح فى التحيرية أيضا أى فلذا قال : وفقت على أولادى الذكور يصرف إلى الذكور منهم بحكم المنطوق ، وأما الإناث فلا يعطى لمن لهن لهن ما يدل على الاعطاء إلا إذا دل فى كلامه دليل على إعطائهن فيكون مبتنا لإعطائهن

ووجوب العمل به فيجب عليه خدمة وظيفته أو تركها لمن يعمل ، وإلا أثم لاسيما فيما يلزم بتركها تعطيل الكل من التهر :
وفي الأشباه الجامكية في الأوقاف لها شبه الأجرة

ابتداءً بالبحكم المعارضة لكن نقل البيروني في محل آخر عن المصنف ، وخزانة الروايات والسرارية أن تخصيص الشيء بالذکر يدل على نفي ما عداه في مفاهيم الناس وفي المقولات وفي الروايات .

مطلب المفهوم معتبر في عرف الناس والمعاملات والعقليات

قلت : وكذا قال ابن أمير حاج في شرح التحرير عن حاشية الهداية للبخاري ، من شمس الأئمة الكردی : أن تخصيص الشيء بالذکر ، لا يدل على نفي الحكم عما عداه في خطابات الشارع . أساء متفاهم الناس وعرفهم وفي المعاملات والعقليات يدل اه قال في شرح التحرير وتداوله المتأخرون وعليه ما في خزانة الأكل والحانية اوقال ، سمع على أكثر من مائة درهم ، كان إقرارا بالمائة اه فعلم أن المتأخرين على اعتبار المفهوم في غير النصوص الشرعية وتعام تحقيق ذلك في شرحنا على منظومتنا في رسم الفتوى ، وحيث كان المفهوم معتبرا في متفاهم الناس وعرفهم وجب اعتباره في كلام الواقف أيضا لأنه يتكلم على عرفه وعن هذا قال العلامة قاسم ، ونص أبو عبد الله الدمشقي في كتاب الوقف عن شيخه شيخ الإسلام قول الفقهاء نصوصه كنص الشارع يعني في الفهم والدلالة لافي وجوب العمل مع أن التحقيق أن لفظه ولفظ الموصى ، والحالف ، والناذر وكل عاقد يحمل على عاداته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافقت لغة العرب ولغة الشرع أم لا اه ،

قال العلامة قاسم قلت : وإذا كان المعنى ما ذكرنا كان من عبارة الواقف مه قبيل المفسر لا يحتمل تخصيصا ولا تأويلا يعمل به ، وما كان من قبيل الظاهر كذلك وما احتمل وفيه قرينة حمل عليها وما كان مشتركا لا يعمل به ، لأنه لا عموم له عندنا ولم يقع فيه نظر المجتهد ليترجى أحد دلولى ، وكذلك ما كان من قبيل الجمل إذا مات الواقف ، وإن كان جابر جمع إلى بيانه هذا معنى ما أفاده اه (قوله وجوب العمل به) هذا يخالف لما نقلناه آنفاً مع أنه في البحر نقله أيضا وقال عقبه فعلى هذا إذا ترك صاحب الوظيفة باشرتها في بعض الأوقات المشروط عليه فيها العمل لا يأنم عند الله تعالى غايته أنه لا يستحق المعام اه نعم في الأشباه جزم بما ذكره الشارع ، وقواه في التهر ، وعزاه في قضاء البحر إلى شرح المجمع .

قلت : ويظهر لي عدم التناقض وذلك إن عدم وجوب العمل به من حيث ذاته بدليل أنه لو ترك الوظيفة أصلا وباشرها غيره لم يأنم ، وهذا لا شبهة فيه وجوب العمل به باعتبار حل تناول المعلوم بمعنى أنه لو لم يعمل به وتناول المعلوم أثم لتناوله بغير حق (قوله الكل من التهر) مبتدأ وخبر أى كل هذه الفروع مأخوذة من التهر .

مطلب الجامكية في الأوقاف

(قوله الجامكية) هي ما يرتب في الأوقاف لأصحاب الوظائف كما يفيد كلام البحر عن ابن الصائغ وفيفتح الجامة كالمطاء ، وهو ما ثبت في الديوان باسم المقاتلة أو غيرهم إلا أن العطاء سنوي والجامكية شهرية .

أى فى زمن المباشرة والحل للأغنياء ، وشبه الصلة فلو مات أو عزل لا تسترد المعجلة ، وشبه الصدقة لتصحيح أصل الوقف ، فإنه لا يصبح على الأغنياء ابتداء ونعامة فيها :

يكروه إعطاء نصاب لفقير من وقف الفقراء إلا إذا وقف على فقراء قرابته اختيار ومنه يعلم حكم المرتب الكبير من وقف الفقراء لبعض العلماء الفقراء فليحفظ :

ليس للقاضى أن يقرر وظيفة فى الوقف بغير شرط الواقف ، ولا يحل للمقرر الأخذ إلا بالنظر على الواقف

مطلب فيما لو مات المدرس أو عزل قبل مجيء الغلة

(قوله أى فى زمن المباشرة الخ) يعنى أن اعتبار شبهة بالأجرة مع حيث حل تناولها للأغنياء إدلو كانت صدقة محضة لم تحل لمن كان غنيا ، ومن حيث إن المدرس لو مات أو عزل فى أثناء السنة قبل مجيء الغلة وظهرها من الأرض ، يعطى بقدر ما يشر ، ويصير ميراثا عنه كالأجير إذا مات فى أثناء المدة ، ولو كانت صلة محضة لم يعط شيئا لأن الصلة لا تملك قبل القبض بل تسقط بالموت قبله ، بخلاف القاضى إذا مات فى أثناء المدة ، فإنه يسقط رزقه ، لأنه ليس فيه شبه الأجرة لعدم جواز أخذ الأجرة على القضاء ، أما على التدريس ، وهو التعلیم فأجاز المتأخرون وبخلاف الوقف على الأولاد والذرية ، فإن من مات منهم قبل ظهور الغلة سقط أيضا لأنه صلة محضة كما حرره الطرسوسى ، وتقدم تمامه عند قول المصنف مات المؤذن والإمام ولم يسوفيا وظيفتهما الخ (قوله لا تسترد المعجلة) أى لو قبض جامكية السنة بتمامها ، ومات فى أثناء السنة لا تسترد حصته ما بقى ، لأن الصلة تملك بالقبض ويحل له لو فقيرا كما قدمه الشارح ، ولو كانت أجرة محضة استرد منه ما بقى (قوله فإنه لا يصبح على الأغنياء ابتداء) لأنه لا بد أن يكون صدقة من ابتدائه ، لأن قوله صدقة موقوفة أبدا ونحوه شرط لصحته كما مر تحريره ، وأشرنا إليه أول الباب ، وبيننا أن اشتراط صرف العلة لمعين يكون بمنزلة الامتنان من صرفه إلى الفقراء فيكون ذلك المعين قائما مقامهم ، فصار فى معنى الصدقة عليه لقباهم ، مقامهم هذا غاية ما وصل إليه فهمى فى هذا المحل فليتأمل (قوله ونعامة فيها) قدمنا حاصله (قوله يكروه إعطاء نصاب لفقير الخ) لأنه صدقة أشبه الزكاة أشباه (قوله إلا إذا وقف على فقراء قرابته) أى فلا يكروه لأنه كالوصية أشباه ، ولأنه وقف على معينين لاحق لغيرهم فيه فيأخذونه قل أو كثر (قوله لبعض العلماء الفقراء) متعلق بالمرتب فإن كان ذلك المرتب بشرط الواقف ، فلا شبهة فى جواز مرتبه ، وإن كثر وإن كان من جهة غيره كالمتولى ، فلا يجوز النصاب هذا ما ظهر لى فى حاشية الحموى المرتب إعطاء شئ لا فى مقابلة خدمة بل لصالح المعطى أو علمه أو فقره ويسمى فى عرف الروم الزوائد اه :

مطلب ليس للقاضى أن يقرر وظيفة فى الوقف إلا بالنظر

(قوله ليس للقاضى أن يقرر وظيفة فى الوقف الخ) يعنى وظيفة حادثة لم يشرطها الواقف أما لو قرر وظيفة وشروطة جاز إلا إذا شرط الواقف التقرير للمتولى كما قدمناه عن النامية وقول الخبر الرولى فى حاشية البحر ، وهذا أى عدم التقرير بغير شرط إذا لم يقل ووقف على مصالحه ، فلو قال يقل القاضى كل ما هو من مصالحه اه . وهذا أيضا فى غير أوقاف الملوك والأرءاء ما هى فهمى أوقاف ضرورية لازعى شروطها كما أفق به المولى أبو السعود وبأن قريبا فى الشرح من الميسوط (قوله إلا النظر على الوقف) اعلم أن عدم جواز الأحداث مقيد بعدم الضرورة كما فى فتاوى الشيخ قاسم ، أما ما دعت إليه الضرورة واقتضت المصلحة كخدمة الربعة الشريفة وقراءة العشر والتجليات

بأجر مثله قنية :
تجوز الزيادة من القاضي على معلوم الإمام إذا كان لا يكفيه وكان عالما تقيا ، ثم قال بعد ورقتين والخطيب
ياحق بالإمام بل هو إمام الجمة . قلت : واعتمد في المنظومة الحبية

وشهادة الديوان فيرفع إلى القاضي ، ويثبت عنده الحاجة فيقرر من يصالح لذلك فيؤقدر له أجر مثله أو يأذن للناظر
في ذلك قال الشيخ قاسم والنص في مثل هذا في الولوالجية أبو السعود على الأشباه وعليه فالانتصار على النظر فيه
نظر كما أفاده ط :

قلت : لكن في الذخيرة وغيرها ليس للقاضي أن يقرر فراشا في المسجد بلا شرط الواقف ، قال في البحر :
إن في تقريره مصلحة لكن يمكن أن يستأجر المتولى فراشا ، والممنوع تقريره في وظيفة تكون حقا له ولذا صرح
في الحانية بأن للمتولى أن يستأجر نخادما للمسجد بأجرة المثل واستفيد منه عدم صحة تقرير القاضي ، بلا شرط في شهادة
ومباشرة وطلب بالأولى اه .

مطلب المراد من العشر للمتولى أجر المثل

(قوله بأجر مثله) وعبر بعضهم بالعشر والصواب أن المراد من العشر أجر المثل حتى لو زاد على أجر مثله
رد الرائد كما هو مقرر معلوم ، ويؤيده أن صاحب الولوالجية بعد أن قال : جعل القاضي للقيم عشر غلة الوقف
فهو أجر مثله ، ثم رأيت في إجابة السائل ، ومعنى قول القاضي للقيم عشر غلة الوقف أى إلى أى أجر مثله لا ما يؤيده
أرباب الأغراض الفاسدة الخ يبرى على الأشباه من القضاء .

قلت : وهذا فيمن لم يشرط له الواقف شيئا وأما الناظر بشرط الواقف فله اعين له الواقف ، ولو أكثر من أجر المثل
كما في البحر ولو عين له أقل فالقاضي أن يكمل له أجر المثل بطلبه كما بحثه في أنفع الوسائل ، ويأتى قريبا ما يؤيده
وهذا مقيد لقوله الآتى ليس للمتولى أخذ زيادة على ما قرر له الواقف أصلا ،

مطلب في زيادة القاضي في معلوم الإمام

(قوله تجوز الزيادة من القاضي الخ) أى إذا اتحد الوائف والجهة كما في المثنى ، وفي البحر عن القنية قبيل
فصل أحكام المسجد ، يجوز صرف ثمن من وجوه مصالح المسجد للإمام إذا كان يتعمل لو لم يصرف إليه يجوز
صرف الفاضل ، من المصالح للإمام الفقير بإذن القاضي ولو زاد القاضي في مرسومه من مصالح المسجد ، والإمام
مستغن وغيره يؤم بالرسوم المعهود تطيب له الزيادة لو عالما تقيا ، ولو نصب إمام آخر له أخذ الزيادة إن كانت
لقلة وجود الإمام لا لو كانت لعنى في الأول كفضيلة أو زيادة حاجة اه . فلم أنه تجوز الزيادة إذا كان يتعمل
المسجد ببنائها أو كان فقيرا أو عالما تقيا ، فالمناسب العطف بأوق قوله : وكان عالما تقيا ، وأما ما في قضاء البحر
لو قضى بالزيادة لا ينقل ، فهو محمول على ما إذا فقدت منه الشروط المذكورة كما أجاب به بعضهم ومقتضى التقييد
بالقاضي أن المتولى ليس له أن يزيد الإمام (قوله ثم قال) أى في الأشباه (قوله ياحق بالإمام) الظاهر أنه ياحق به
كل من في قطعه ضرر إذا كان المعين لا يكفيه كالتأخر ، والمؤذن ومدرس المدرسة ، والبواب ونحوهم إذا لم
يعملوا بدون الزيادة يؤيده ما في البزالية إذا كان الإمام والمؤذن لا يستقر لقلة الرسوم للحاكم الدين أن يصرف
إليه من فاضل وقف المصالح والعمارة باستصواب أهل الصلاح من أهل الحلة أو اتحد الواقف ، لأن غرضه

ونقل عن الميسوط أن السلطان يجوز له مخالفة الشرط إذا كان غالب جهات الوقف قرى ومزارع فيجعل بأمره وإن غابر شرط الواقف لأن أصلها لبيت المال

إحياء وقفه لا لو اختلف ، أو اختلفت الجهة بأن بنى مدرسة ومسجدا وعين لكل وقفا وفضل من غلة أحدها لا يبدل شرطه :

مطلب للسلطان مخالفة الشرط إذا كان الوقف من بيت المال

(قوله ونقل) أى صاحب المحية عن الميسوط أى ميسوط خواهر زاده ، والذى فى الأشباه بعد ما نقل عن ينبوع السيوطى ما يفيد أن الوظائف المتعلقة بأوقاف الأمراء والسلطين ، إن كان لها أصل من بيت المال ، أوترجع إليه يجوز لمن كان بصفة الاستحقاق من عالم بعلم شرعى ، وطالب علم كذلك أن يأكل مما وقفه غير مقيد بما شرطوه مانصه ، وقد اغتر بذلك كثير من الفقهاء فى زماننا فاستباحوا تناول معالم الوظائف بغير مباشرة ، ومخالفة الشرط والحال أن ما نقله السيوطى عن فقهاءهم إنما هو فيما بقى لبيت المال ، ولم يثبت له ناقل أما الأراضى التى باعها السلطان وحكم بصحة بيعها ثم وقفها المشتري ، فإنه لا بد من مراعاة شرائطه ، ولا فرق بين أوقاف الأمراء والسلطين . فإن للسلطان الشراء من وكيل بيت المال وهى جواب الواقعة التى أجاب عنها المحقق ابن الهمام فى فتح القدير ، فإنه سئل عن الأشرف برسبى أنه اشترى من وكيل بيت المال أرضا وقفها فأجاب بما ذكرناه ، وأما إذا وقف السلطان من بيت المال أرضا للمصلحة العامة فذكر فى الحانية جوازها ولا يراعى ما شرطه دائما اهـ فحينئذ ينهى التفتيش فيما نقله فى الخبيرة فإن كان السلطان اشترى الأراضى والمزارع من وكيل بيت المال يجب مراعاة شرائطه . وينوقفه من بيت المال لا تجب مراعاتها اهـ ط ،

قلت : ويفهم من قول الأشباه إنما هو فيما بقى من بيت المال ولم يثبت له ناقل الخ أنه إنما يراعى شروطه إذا ثبت الناقل ، وهو كون الواقف ملكها بشراء أو إقطاع رقية بأن كانت مواتا لملك لأحد فيها فأقطعها السلطان لمن له حق فى بيت المال أما بدون ثبوت الناقل فلا ، لأنها بعد ما علم أنها من بيت المال فلا أصل بقاؤها على ما كانت فيكون وقفها أرسادا وهو ما يفرزه الإمام من بيت المال ويعينه مستحقه من العلماء ونحوهم عونا لهم على وصولهم إلى بعض حقوقهم من بيت المال فتجوز مخالفة شرطه لأن المقصود وصول المستحق إلى حقه وعن هذا قال المولى أبو السعود مفتى دار السلطنة إن أوقاف الملوك والأمراء لا يراعى شرطها لأنها من بيت المال أو ترجع إليه (١) اهـ : قلت : والمراد من عدم مراعاة شرطها أن للإمام أوثانها أن يزيد فيها وينقص ونحو ذلك وليس المراد أنه يصرفها عن الجهة المعنية بأن يقطع وظائف العلماء ، ويصرفها إلى غيرهم فإن بعض الملوك أراد ذلك ومنعهم علماء عصرهم ، وقد أوضحنا ذلك كله فى باب العشر والتراج وقدما شيئا منه قبيل الفصل عند قوله وأما وقف الاقطاعات ولا يقاس على ذلك أوقاف غير الملوك والأمراء بل تجب مراعاة شروطهم لأن أوقافهم كانت أملاكهم :

(١) (قوله أو ترجع إليه) صدرته اشترى الإمام ملكا لبيت المال ودفع ثمنه منه ثم اشترى هذا المثلث أشياء ووقفها فهذا الوقف لا يراعى شروطه لرجوعه لبيت المال لعدم صحة إعتاق الإمام فإن تصرفه فى بيت المال مشروط بالمصلحة اهـ .

یصح تعلیق التقرير فی الوظائف فلر قال القاضی إن مات فلان أو شغرت وظیفه کذا فقد قررناک فیما یصح :
لیس للقاضی عزل الناظر بمجرد شکایة المستحقین

مطلب یصح تعلیق التقرير فی الوظائف

(قوله یصح تعلیق التقرير فی الوظائف) هذا ذکره فی أنفع الوسائل نفقه أخذنا من جواز تعلیق القضاء والإمرة بجامع الولاية فلو مات المعلق بطل التقرير ، وهو نفقه حسن أشباه :
قلت : ودلیله من السنة ما فی صحیح البخاری من « أنه صلی الله علیه وسلم أمر فی غزوة مودة (۱) زید بن حارثة وقال صلی الله علیه وسلم إن قتل زید فجعفر بن أبی طالب فإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة » الحديث ، ثم رأیت الإمام السرخسی فی شرح السیر الکبیر ذکر الحديث دلیلا علی ذلك وقال فیہ أيضا ما حاصله : لو جاء مع المدد أمیر وعزل الأمير الأول بطل تنفیله فما یستقبل لزوال ولايته بالعزل ، لالومات أمیرهم فأمرؤا علیهم غیره ، لأن الثاني قائم مقامه إلا إذا أبطله الثاني أو کان الخلیفة قال لهم إن مات أمیرکم فأمرکم فلان فإنه یبطل تنفیله الأول لأن الثاني نائب الخلیفة بتقلیده من جهته فکانه قلده ابتداء فیقطع رأی الأول برأی فوقه ما خصا :
وحاصله : بطلان تنفیله الأمير بعزله وکذا بموته إذا نصب غیره من جهة الخلیفة لامن جهة العسکر إلا إذا أطله الثاني ، ولا یخفی أن التنفیله بقوله من قتل قتیلا فله سلبه فیہ تعلیق استحقاق النفل بالقتل ، ففیہ دلیل علی قوله ، فلو مات المعلق بطل التقرير ویدل أيضا علی بطلانه بالعزل بقی هل له الرجوع قبل الموت أو الشغور ، فالمدی حرره فی أنفع الوسائل أنه لا یصح عزله لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط والتعلیق لیس بسبب الحال عندنا ، وفرق بین هذه المسألة و بین الملوکله وکالة مرسله ثم قال له : کلما عزلتک فأنت وکیل فی ذلك وکالة مستقبلة ، ثم قال : عزلتک فی تلك الوکالة کلها فروی عن محمد أنه یعزل عن العاقلة ، وعن أبی یوسف أنه یعزل ووجه الفرق أن التعلیق عند محمد حصل فی ضمن الوکالة المنجزة ، فصار المجموع سببا ، وقد یثبت صما ، إلا یثبت قصدا فلا یمکن أن یقول هنا بصحة العزل لأنه قصدی فیتی جواب محمد وجواب أبی یوسف هنا واحدا فی أنه لا یصح العزل هذا خلاصة ما أطل به :

قلت : لکن علمت أن الأمير الثاني إبطال التنفیله ، والظاهر أن الأول كذلك فکذا یقال هنا لو رجع من التعلیق یصح لأنه قبل موت فلان لیس عزلا بلا جنة لأنه لا یتقرر فی الوظيفة إلا بعد موت فلان ، وقبلة لم یثبت له استحقاق فیها إذ لو ثبت لم یبطل التقرير بموت المعلق فافهم (قوله أو شغرت) بفتح الشین والذین المعجمین أی خلعت عن العمل والبلد الشاغر الخانیة عن التصرف والاطان ط .

مطلب لیس للقاضی عزل الناظر

(قوله لیس للقاضی عزل الناظر) قید بالقاضی لأن الوائف له عزله أو بلا جنة به یقی کما قدمناه عند قوله ویزوع لو غیر مأمون ، وقدما هناك عن الأشباه أنه لا یموز للقاضی عزل الناظر المشروط له النظر بلا خیانة ولو عزله لا یبصر الثاني متولیا ، ویصح عزله لو منصوب للقاضی وأنه فی جامع الفصولین قال : لا یملك القاضی عزله مطلقا إلا لموجب وتقدم تمامه وأنه فی البحر أخذ منه عدم العزل لصاحب وظیفه إلا بجنة أو عدم أهلیة وقدما هناك أيضا بعض موجبات العزل ، وأحكام الفراغ والتقرير فی الوظائف :

(۱) قوله مودة (بضم الميم وتسهيل الواو وفتح المنة الفوقی اسم لأرض بجدة الشام) .

حتى يثبتوا عليه خيانه وكذا الوصى والنظر إذا أجر إنسانا فهرب ومال الوقف عليه لم يضمن ولو قرط في خشب الوقف حتى ضاع ضمن ،

لانجوز الاستدانة على الوقف إلا إذا احتيج إليها لمصلحة الوقف كتمميم وشراء بذرفيجوز بشرطين الأول : إذن القاضي فلو يبعد منه يستدين بنفسه الثاني : أن لا تيسر إجارة العين والصرف من أجرتها والاستدانة القرض واشراء نسيئة

مطلب للقاضي أن يدخل مع الناظر غيره بمجرد الشكاية

(قوله حتى يثبتوا عليه خيانة) نعم له أن يدخل معه غيره بمجرد الشكاية والظن كما حرمه في أمع الوسائل أخذنا من قول انحصاف إن ظن عليه في الأمانة لا يبنى إخراجا إلا بخيانة ظاهرة ، وأما إذا أدخل معه رجلا فأجره باق وإن رأى الحاكم أن يجعل ذلك الرجل منه شيئا فلا بأس وإن كان المال قليلا ، فلا بأس أن يجعل للرجل رزقا من غلة الوقف ويقتصد فيه له ملخصا . وسياق حكم نصرته عند قوله ولو ضم القاضي للقيم ثلثه الخ (قوله وكذا الوصى) أى وصى الميت ليس للقاضي عزله بمجرد الشكاية ، بخلاف الوصى من جهة القاضي كما سياتى في باب آخر الكتاب (قوله إذا أجر إنسانا) أى وامتنع من مطالبته بزيادة (قوله ولو قرط في خشب الوقف الخ) وحل هذا إذا قصر المثلثى في عين ضمنها إلا فيما كان في الذمة كما في البحر ، فلو ترك بساط المسجد بلا نمض حتى أكلته الأرضة ضمن إن كان له أجرة ، وكذا خازن الكتب المؤقوفة كما في الصبرية ط عن الحموى والبيرى .

مطلب في الاستدانة على الوقف

(قوله لانجوز الاستدانة على الوقف) أى إن لم تكن بأمر الواقف ، وهذا بخلاف الوصى فإن له أن يشترى للقيم شيئا بنسيئة بلا ضرورة ، لأن الدين لا يثبت ابتداء إلا في الذمة واليتم له ذمة صحيحة ، وهو معلوم منتصور مطالبته أما الوقت فلا ذمة له والفقراء ، وإن كانت لهم ذمة لكن أكثرهم لا تنصور مطالبتهم ، فلا يثبت إلا على القيم ، وماوجب عليه لا يملك قضاء من غلة الفقراء ذكره هلال ، وهذا هو القياس لكنه ترك عند الضرورة كما ذكره أبو الليث (۱) وهو المختار أنه إذا لم يكن من الاستدانة بد تجوز بأمر القاضي إن لم يكن بعيدا عنه ، لأن ولايته أعم في مصالح المسلمين وقبل تجوز مطلقا للعمارة ، والمعتمد في المذهب الأول . أماماله منه بد كما تصرف على المستحقين فلا كما في الفينة إلا الإمام والخطيب ، والمؤذن فيما يظهر لقوله في جاع الفصولين ضرورة مصالح المسجد اه ولا للحصر والزيت بناء على القول بأنهما من المصالح وهو الرابع هذا خلاصة ما أطال به في البحر (قوله الأول أذن القاضي) فلو ادعى الإذن ، فالظاهر أنه لا يقبل إلا بينة وإن كان المثلثى مقبول القول ، لما أنه يريد الرجوع في الغلة وهو إنما يقبل قوله فيها في يده ، وعلى هذا فإذا كان الواقع أنه لم يستأذن يحرم عليه الأخذ من الغلة لأنه بلا إذن متبرع بحر (قوله الثاني أن لا تيسر إجارة العين الخ) أطلق الإجارة ، فشمل الطويلة منها ، ولو بعقود فلو وجد ذلك لا يستدين أفاده البيرى ، وما ساف من أن المتق به بطلان الإجارة الطويلة فذاك عند عدم الضرورة ، كما حرمناه سابقا فافهم (قوله والاستدانة القرض والشراء نسيئة) صوابه الاستقراض اهـ

(۱) (قوله كما ذكره أبو الليث الخ) كذا ذكره أبو الليث وإن لم يكن من الاستدانة بد تجوز بأمر القاضي قبل فعل التركيب هكذا واختار كما ذكره أبو الليث أنه إذا الخ وعبرة البحر له المصدر المشهور والمختار ما ذكره أبو الليث إذا لم يكن الخ .

وہل للمعولی شراء متاع فوق قيمته ثم يبعه للعمارة ويكون الربح على الوقف ؟ الجواب : نعم :

وتفسير الاستدانة كما في الخانية أن لا يكون للواقف غلة فيحتاج إلى القرض والاستدانة ، أما إذا كان الوقف غلة فأنتق من مال نفسه لإصلاح الوقف كان له أن يرجع بذلك في غلة الوقف اه ومفاده أن المراد بالقرض الاقراض من ماله لا الاستقراض من مال غيره لدخوله في الاستدانة .

مطلب في إنفاق الناظر من ماله على العمارة

وفي فتاوى الخانقائي الذي وقعت عليه في كلام أصحابنا أن الناظر إذا أنفق من مال نفسه على عمارة الوقف ، ليرجع في غلته له الرجوع ديانة ، لكن لو ادعى ذلك لا يقبل منه ، بل لابد أن يشهد أنه أنفق ليرجع كما في الرابع والثلاثين من جامع الفصولين ، وهذا يقتضي أن ذلك ليس من الاستدانة على الوقف وإلا لما جاز إلا بإذن القاضي ولم يكف الشهاد اه .

قلت : لكن ينبغي تقييد ذلك بما إذا كان للوقف غلة وإلا فلا بد من إذن القاضي كما أفاده ما ذكرناه عن الخانية ، ومنه قوله في الخانية أيضا لا يملك الاستدانة إلا بأمر القاضي ، وتفسير الاستدانة أن يشتري للوقف شيئاً وليس في يده شيء من الغلة أما لو كان في يده شيء ، فاشترى للوقف من مال نفسه ينبغي أن يرجع ، وروى ملا أمر قاض اه وما ذكرناه في إنفاقه بنفسه يأتي مثله في إذنه للمستأجر أو غيره بالاتفاق فليس من الاستدانة .

مطلب في إذن الناظر للمستأجر بالعمارة

وفي الخيرية مثل في عليية جارية في وقف تهدمت فأذن الناظر لرجل بأن يعمرها من ماله فما الحكم فيما صرفه من ماله بإذنه أجاب : اعلم أن عمارة الوقف بإذن متوليہ : ليرجع بما أنفق يوجب الرجوع بانفاق أصحابنا وإذا لم يشترط الرجوع ذكر في جامع الفصولين في عمارة الناظر بنفسه قولين ، وعمارة مأذونه كعمارته فيقع فيها الخلاف وقد جزم في التقنية والحاوي بالرجوع وإن لم يشترطه إذا كان يرجع معظم العمارة إلى الوقف اه .

قلت : وفي الفصل الثاني من إيجارات التثاخذانية من الحاوي مثل عن آجر منزل لرجل وقفه والده عليه وعلى أولاده وأنفق المستأجر في عمارته بأمر المؤجر قال : إن كان للمؤجر ولاية على الوقف يرجع بما أنفق على الوقف وإلا كان المستأجر متطوعاً ولا يرجع على المؤجر اه وظاهره مع ما مر من الخيرية أنه يرجع ، وإن لم يكن في يد القيم مال من غلة الوقف ، وهو خلاف ما قدمناه من الخانية فيما لو أنفق من مال نفسه ، ففعل ما هنا مبنى على رواية أنه لا يشترط في الاستدانة إذن القاضي ، وإلا فهو مشكل قليلاً . وإذا قلنا ببنائه على ذلك فعلى هذا ما يفعل في زواتنا في إثبات المرصد من تحكيم قاض حنبلي يرى صحة إذن الناظر للمستأجر بالعمارة الضرورية بلا أمر قاض غير لازم (قوله فوق قيمته) أي شراء بشئ مؤجل فوق ما يباع بشئ حال لأن قيمة المؤجل فوق قيمة الحال (قوله ويكون الربح) أي ما ربحه بائع المتاع بسبب التأجيل .

مطلب لو اشترى القيم العشرة بثلاثة عشر فالرجع عليه

(قوله الجواب نعم) كذا حرره ابن وهبان أشباه لكن في التقنية لو لم يكن فيه غلة للمارة في الحال ، فاستعرض العشرة بثلاثة عشر في السنة واشترى من المقرض شيئاً يسيراً ثلاثة دنانير يرجع في غلته العشرة وعليه الزيادة اه

أقر بأرض في يد غيره أنها وقف وكذبته ثم ملكها صارت وقفا .
يعمل بالمصادقة على الاستحقاق وإن خالفت كتاب الوقف لكن في حق المقر خاصة

قال في البحر وبه اندفع ما ذكره ابن وهبان من أنه لا جواب للمشايع فيها اه ومثله في شرح المقدسي ، وكذا نقل
البيروني عن التتارخانية مثل ما في التنية وقال وهذا الذي نفق به ، ومنشأ ما حرره ابن وهبان عدم الوقف على
تحرير الحكم من تقدمه والعجب من المصنف أي صاحب الأشباه كيف اختاره ورضى به (۱) اه (قوله وكذبته)
أي الغير (قوله ثم ملكها) أي المقر ولو بسبب جبري أشباه (قوله صارت وقفا) ، واخذ اه بزعمه أشباه :

مطلب في المصادقة على الاستحقاق

(قوله يعمل بالمصادقة على الاستحقاق الخ) أقول : اغتر كثير بهذا الإطلاق : وأفتوا بسقوط الحق بمجرد
الإقرار ، والحق الصواب أن السقوط مقيد بقيود يعرفها الفقيه قال العلامة الكبير المصنف أقر فقل عاة هذه
المصلحة لئلا نلدن دوني ودون الناس جميعا بأمر حق واجب ثابت لارم عرفته ، ولزمني الإقرار له بذلك قل أصدقه
على نفسه ، وألزم ما أقر به مادام حيا ، فإذا مات رددت الغلة إلى من جعلها الواقف له ، لأنه لما قل ذلك جعلته
كان الواقف هو الذي جعل ذلك للمقر له ، وعلمه أيضا بقوله لجواز أن الواقف قال إن له أن يزيد وينقص ، وأن
يخرج وأن يدخل مكانه من رأى فيصدق زيد على حقه اه :

أقول : يؤخذ من هذا أنه لو علم القاضى أن المقر إنما أقر بذلك لأخذ شيء من المال من مقر له عوضا عن
ذلك لكان يستبد بالوقف أن ذلك الإقرار غير مقبول ، لأنه إقرار خال عما يوجب تصحيحه بمقاله الإمام المصنف
وهو الإقرار الواقع في زماننا فتأمل ، ولا قوة إلا بالله يبرى : أى لو علم أنه جعله لغيره ابتداء لا يصبح كما أفاده
الشارح بعد (قوله وإن خالفت كتاب الوقف) حلا على أن الواقف رجع عما شرطه ، وشرط ما أقر به المقر ذكره
المصنف في باب مستقل أشباه :

أقول : لم أر شيئا منه في ذلك الباب وإنما الذي فيه مانع البيروني آتفا ، وليس فيه التعديل بأنه رجع عما شرطه
وإذا قال المصنف إنه مشكل ، لأن الوقف إذا لزم لزم ما في ضمنه من الشروط إلا أن يخرج على قول الإمام بعدم
لزومه قبل الحكم ويحمل كلامه على وقف لم يسجل اه ملخصا .

قلت : ويؤيده ما مر من الدور قبيل قول المصنف اتحد الواقف والجهة ، وهذا التأويل يحتاج إليه بعد ثبوت
النقل عن المصنف والله تعالى أعلم (قوله لكن في حق المقر خاصة) فإذا كان الوقف على زيد وأولاده ونسله ،
ثم على الفقراء فأقر زيد بأن الوقف عليهم وعلى هذا الرجل لا يصدق على والده ونسله في إدخال النقص عليهم ،
بل تقسم الغلة على زيد وعلى من كان موجودا من ولده ونسله ، فما أصاب زيدا منها كان بينه وبين المقر له مادام
زيد حيا ، فإذا مات بطل إقراره ولم يكن للمقر له حق ، وإن كان الوقف على زيد ثم من بعده على الفقراء فأقر
زيد بهذا الإقرار لهذا الرجل شاركة الرجل في الغلة ، مادام حيا فإذا مات زيد كانت للفقراء ولم يصلقه زيد عليهم

(۱) (قوله كيف اختاره ورضى به) اعل أن تصرف الناظر في الوقف مشروط بالمصلحة ، حتى لو اشترى مائة من حنطة بمائة
لا ينفذ هذا التصرف على الوقف وسيتلف يكون ما ذكره ابن وهبان غير معارض بقول المصنف الفقيه الفاضل في شراء الشيء
المعبر بالثلاثة دنانير فينفذ الشراء على المتول وأما عشرة فقد تم القرض فيها على الوقف بمقدد بخلاف ما ذكره ابن وهبان فإنه إنما
اقتراه بثمته فقط وإن زادت على ثمنه في الحال اه .

فلو أقر المشروط له الربيع أو النظر أنه يستحقه فلان دوله صح ، ولو جعله لغيره لا وصحي ، آخر الإقرار

وإن مات الرجل المقر له وزيد حتى تنصف الغلة للفقراء والنصف لزيد فإذا مات زيد صارت الغلة كلها للفقراء اه
خصاف ماخصا :

قلت : وإنما عاد نصف الغلة للفقراء إذا مات المقر له مع أن استحقاق الفقراء بعد موت زيد في هذه الصورة الأخيرة لأن إقراره المذكور يتضمن الإقرار بأنه لاحق له في النصف الذي أقر به للرجل ، فلا يرجع إليه بعد موت الرجل ، فيرجع إلى الفقراء لعدم من يستحقه غيرهم هذا ماظهر لي : ويؤخذ منه أنه لو كان الوقف على زيد وأولاده وذريته ثم على الفقراء كما في الصورة الأولى فأت الرجل المقر له يرجع ماكان يأخذه إلى الفقراء لا إلى زيد لإقراره بأنه لاحق له فيه ولا إلى أولاده لأنه لم يقر لهم به ولم ينقص عليهم شيئا من حقهم ، وكذا لو كان الوقف على زيد ثم من بعده على أولاده وذريته ثم على الفقراء ، ثم مات الرجل المقر له يرجع ماكان يأخذه إلى الفقراء لا إلى زيد لما قلنا ولا إلى أولاده لأنهم لا يستحقون شيئا إلا بعد موته ، فصارت المسألة في حكم منقطع الوسط الذي بيناه قبيل الفروع كما حررناه في تنقيح الحامدية فاعظم هذه الفائدة السنية :

مطلب في المصادقة على النظر

(قوله أو الطر) أمد أن الإقرار بالنظر مثل الإقرار ببيع الوقف : أي غلته ، فلو أقر الناظر أن فلانا يستحق منه نصف الطر مثلا يؤخذ بإقراره ويشاركة فلان في وظيفته مادام حيين بنى لومات أحدهما فلن كان هو المقر فالحكم ظاهر وهو بطلان الإقرار وانتقال النظر لمن شرط له الواقف بعده ، وأما لومات المقر فهي مسألة تقع كثيرا وقد سئلت عنها مرارا ، والذي يقتضيه النظر بطلان الإقرار أيضا لكن لا تعود الحصة المقر بها إلى المقر لما مر وإنما يوجهها القاضي للمقر أو لمقر أراد من أهل الوقف لأننا مصححا لإقراره حملا على أن الواقف هو الذي جعل ذلك للمقر له كما مر عن الخصاف ، فيصبر كأنه جعل النظر لاثنتين قال في الأشياء : وما شرطه لاثنتين ليس لأحدهما الأفراد ، وإذا مات أحدهما أقام القاضي غيره ، وليس للحى الأفراد إلا إذا أقامه القاضي كما في الإسعاف اه ولا يمكن هنا القول بانتقال ما أقر به إلى المساكين كما قلنا في الإقرار بالغلة إذ لاحق لهم في النظر وإنما حقهم في الغلة فقط هذا ماحررته في تنقيح الحامدية ولم أر من نيه عليه فاضتمه (قوله صح) أي الإقرار المذكور والمراد أنه يؤخذ بإقراره حيث أمكن تصحيحه ، أما لو كان في نفس الأمر أقر كاذبا لا يعمل للمقر له شيء مما أقر به كما صرحوا في غير هذا المحل إذ الإقرار إخبار لا تعليق على أن التعليك هنا غير صحيح .

مطلب في جعل النظر أو الربيع لغيره

(قوله ولو جعله لغيره لا) أي لا يصبر لغيره لأن تصحيح الإقرار إنما هو معاملة له بإقراره على نفسه من حيث ظاهر الحال تصديقا له في إخباره مع إمكان تصحيحه حملا على أن الواقف هو الذي جعل ذلك للمقر له كما مر . أما إذا قال المشروط له الغلة ، أو النظر جعلت ذلك لفلان لا يصح لأنه ليس له ولاية إنشاء ذلك من تلقاء نفسه ، وفريق بين الإخبار والإنشاء . نعم لو جعل النظر لغيره في مرض موته يصح إن لم يخالف شرط الواقف ، لأنه يصبر وصيا عنه وكذا لو فرغ منه لغيره وقرر القاضي ذلك الغير يصح أيضا لأنه يملك عزل نفسه والفراغ عزل ، ولا يصبر المفروغ له ناظرا بمجرد الفراغ ، بل لابد من تقرير القاضي كما حررناه سابقا ، فإذا قرر القاضي

ولا يكتفى صرف الناظر لثبوت استحقاقه بل لابد من إثبات نسبه وسببى* في دعوى ثبوت النسب .

المفروض له صار ناظرا بالقرار لإيجاز الفراغ ، وهذا غير الجعل المذكور هنا فانهم . وأما جعل الربيع لغيره فقال ط : إن كان الجعل بمعنى التبرع بمعلومه لغيره ، بأن يوكله ليقضه له ثم يأخذه لنفسه فلا شبهة في صحة التبرع به وإن كان بمعنى الإسقاط فقال في الخاتمة : إن الاستحقاق المشروط كثرت لا يسقط بالإسقاط .

قلت : ما عراه للخاتمة أنه أعلم بثبوته فراجعه . نعم المنقول في الخاتمة ماسأى ، وقد فرق في الأشباه في بحث ما قبل الإسقاط من الحقوق بين إسقاطه لمعين وغير معين وذكر ذلك في جملة . مثل كثر السؤال عنها ولم يجد فيها نقلا فقال إذا أسقط لمشروط له الربيع حقه للأجد لا يسقط كما فهمه الطرسوسى بخلاف ما إذا أسقط حقه لغيره أه أى فإنه يسقط ، لكنه ذكر أنه لا يسقط مطلقا في رسالته المؤلفة في بيان ما يسقط من الحقوق ، وما لا يسقط أخذا بما في شهادات الخاتمة من كان فقيرا من أصحاب المدرسة يكون مستحقا للوقف استحقاقا لا يبطل بإبطاله فلو قال أبطلت حتى كان له أن يأخذه أه :

قلت : لكن لا يخفى أن ما في الخاتمة إسقاط للأجد نعم ينبغي عدم الفرق إذ الموقوف عليه الربيع إنما يستحقه بشرط الواقف ، فإذا قال أسقطت حتى منه لفلان أو جعلته له يكون مخالفا لشرط الواقف ، حيث أدخل في وقفه ما لم يرضه الواقف ، لأن هذا إنشاء استحقاق بخلاف إقراره بأنه يستحقه فلان فإنه إخبار يمكن تصحيحه كإقراره ، ثم رأيت الخبير الرمل أفتى بذلك وقال بعد نقل ما في شهادات الخاتمة وهذا في وقف المدرسة ، فكيف في الوقف على الدرية المستحقين بشرط الواقف من غير توقف على تقرير الحاكم وقد صرحوا بأن شرط الواقف كنصر الشارع فاشبه الإرث في عدم قبوله الإسقاط ، وقد وقع لبعضهم في هذه المسألة كلام يجب أن يجرأه .

مطلب لا يكتفى صرف الناظر لثبوت الاستحقاق

(قوله ولا يكتفى صرف الناظر الخ) أى لو ادعى رجل أنه من ذرية الواقف متمسكا بأن الناظر كان يدفع له الاستحقاق ، لا يكتفى بل لابد من إثبات نسبه ، وفي الخيرية في جواب سؤال أن الشهادة بأنه هو وأبوه وجده متصرفون في أربعة قراريط لا يثبت به المدعى كمن ادعى حق المرور أو رقة الطريق على آخر ورهوه أنه كان يمر في هذه لا يستحق به شيئا كما صرح به غالب علمائنا والشاهد إذا فسر للقاضي أنه يشهد بمعاينة الجد لا تقبل شهادته . وأنواع التصرف كثيرة فلا يحل الحكم بالاستحقاق في غلة الوقف بالشهادة بأنه هو وأبوه وجده متصرفون ، فقد يكون تصرفهم بولاية أو وكالة أو غصب أو نحو ذلك ، وما صرحوا به أن دعوى بنوة المم تحتاج إلى ذكر نسبة الأب والأم إلى الجد ليصير معلوما ، لأن انتسابه بهذه النسبة ليس بثابت عند القاضي ، فبشرط البيان ليعلم ، لأنه يحصل العلم للقاضي بدون ذكر الجد والمقصود هنا العلم بالنسبة إلى الواقف ، وكونه ابن عم فلان لا يتحقق به استحقاق من وقف الجد الأعلى لتحقق العمومية بأنواع منها العلم للأهم أه .

قلت : هذا ظاهر فيما إذا أراد إثبات أنه من ذرية الواقف بمجرد كونه ابن عم فلان الذى هو من ذرية الواقف فحينئذ لابد من إثبات نسبه إلى الجد الجامع : وأما لو ادعى أنه من ذرية الواقف المستحقين للوقف ، فإظهار أنه يكتفى لإثبات ذلك بدون ذكر النسب إذا كان الوقف على الدرية ، لأنه يحصل المقصود بذلك ، لأنه لا يختلف ذلك بخلاف بنوة المم ، لأنه قد يكون ابن عم للموتى ولا يكون من ذرية الواقف لكونه ابن عم لأم : أملى وسأى أنه لو وقف على فقراء قرابته لابد من إثبات القرابة وبيان جهتها (قوله وسببى* في دعوى ثبوت النسب) أى

متى ذكر الواقف شرطين متعارضين يعمل بالتأخر منهما عندنا لأنه ناسخ للأول
الوصف بعد الجمل يرجع إلى الأخير عندنا وإلى الجميع عند الشافعية لو بالواو ولو ثم فإلى الأخير اتفاقا
الكل من وقف الأشياء وتماه في القاعدة التاسعة .
متى وقف حال صحته وقال على الفريضة الشرعية قسم على ذكورهم وإناتهم بالسوية هو المختار المنقول عن
الأخبار كما حققه مفتي دمشق يحيى ابن المنقار في الرسالة المرضية على الفريضة الشرعية

في الفروع حيث قال الشارح: ولو أحضر رجلا ليدعى عليه حقا لأبيه وهو مقربه أولا فله إثبات نسبه عند القاضي
بمحضه ذلك الرجل ط :

مطلب متى ذكر الواقف شرطين متعارضين يعمل بالتأخر

(قوله متى ذكر الواقف شرطين متعارضين الخ) في الإسعاف لو كتب أول كتاب الوقف لإياع ولا يوهب
ولا يملك ثم قال في آخره على أن لفلان يبعه والاستبدال بثمنه ما يكون وقفا مكانه جاز يبعه ويكون الثاني
ناسخا للأول ، ولو عكس بأن قال على أن لفلان يبعه والاستبدال به ثم قال آخره لإياع ولا يوهب لا يجوز
ببعه لأنه رجوع عما شرطه أولا وهذا إذا تعارض الشرطان ، أما إذا لم يتعارضهما وأمكن العمل بهما وجب كما ذكره
الميرى في القاعدة التاسعة من الأشياء ، وما ذكره داخل تحت قولهم شرط الواقف كنص الشارع فإن النصين
إذا تعارضا عمل بالتأخر منهما ط (قوله الوصف بعد الجمل الخ) سيذكر الشارح هذه المسألة عن نظم المحبة
مع ما يناسبها وسبق الكلام على ذلك :

مطلب مهم في قول الواقف على الفريضة الشرعية

(قوله متى وقف) أى على أولاده لأنه منشأ الجواب المذكور كما تعرفه ، وبه يظهر فائدة التقييد بقوله حال
صحته (قوله كما حققه مفتي دمشق الخ) أقول : حاصل ما ذكره في الرسالة المذكورة أنه ورد في الحديث أنه صلى الله
عليه وسلم قال : « سووا بين أولادكم في العطية ولو كنت مؤثرا أحدا لآثرت النساء على الرجال » رواه سعيد في سننه
وفي صحيح مسلم من حديث النعمان بن بشير : « اتقوا الله وأعدوا في أولادكم » فالعدل من حقوق الأولاد في العطايا
والوقف عطية فيسوى بين الذكر والأنثى ، لأنهم فسروا العدل في الأولاد بالنسوية في العطايا حال الحياة .
وفي الخاتمة ولو وهب شيئا لأولاده في الصحة ، وأراد تفضيل البعض على البعض روى : « عن أبي حنيفة لإبأس به
إذا كان التفضيل لزيادة فضل في الدين وإن كانوا سواء بكرة وروى المولى عن أبي يوسف أنه لا بأس به
إذا لم يقصد الإضرار وإلا سوى بينهم وعليه الفتوى وقال محمد : يعطى للذكر ضعف الأنثى ، وفي التارخانية
معزى إلى تمة الفتاوى قال : ذكر في الاستحسان في كتاب الوقف ، وينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في العطايا
والعدل في ذلك التثوية بينهم في قول أبي يوسف وقد أخذ أبو يوسف حكم وجوب النسوية من الحديث ، وتبعه
أعيان المجتهدين ، وأوجبوا النسوية بينهم وقالوا يكون آثما في تخصيص الوقف بالتفضيل ، وليس عند المحققين
من أهل المذهب فريضة شرعية في باب الوقف إلا هذه بموجب الحديث المذكور ، والظاهر من حال المذاهب اجتناب
المكروه ، فلا تنصرف الفريضة الشرعية في باب الوقف إلا إلى النسوية ، والعرف لا يعارض النص هذا خلاصة
ما في هذه الرسالة ، وذكر فيها أنه أفتى بذلك شيخ الإسلام محمد المجازي الشافعي ، والشيخ سالم السنهوري المالكي
والقاضي تاج الدين الحنفى وغيرهم اه :

قلت : وقد كنت قد جمعت في هذه المسألة رسالة سميتها [العقود الدرية في قول الواقف على الفريضة الشرعية] حققت فيها المقام وكشفت عن مخدراته اللثام بما حاصله : أنه صرح في الظهيرية بأنه لو أراد أن يبر أولاده فالأفضل عند محمد أن يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ، وعند أبي يوسف يجعلهما سواء وهو المختار ، ثم قال في الظهيرية قبيل المحاضر والسجلات عند الكلام على كتابة صلح الوقف إن أراد الوقف على أولاده ، يقول : للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن شاء يقول : الذكر والأنثى على السواء ، ولكن الأول أقرب إلى الصواب وأجلب للنواب اه :

مطلب مراعاة غرض الواقفين واجبة والعرف يصلح تخصيصا

وهكذا رأيته في نسخة أخرى بلفظ الأول أقرب إلى الصواب ، فهذا نص صريح في التفرقة بين الهبة والوقف فتكون الفريضة الشرعية في الوقف هي المفاضلة فإذا أطلقها الواقف انصرفت إليها ، لأنها هي الكاملة المعودة في باب الوقف ، وإن كان الكامل عكسها في باب الصدقة فالتسوية بينهما غير صحيحة ، على أنهم صرحوا بأن مراعاة غرض الواقفين واجبة ، وصرح الأصوليون بأن العرف يصلح تخصيصا ، والعرف العام بين الخواص والعوام أن الفريضة الشرعية يراد بها المفاضلة : وهي إعطاء الذكر مثل حظ الأنثيين ، ولذا يقع التصريح بذلك لزيادة التأكيد في غالب كتب الأوقاف ، بأن يقول : يقسم بينهم على الفريضة الشرعية للذكر مثل حظ الأنثيين ولا تكاد تسمع أحدا يقول على الفريضة الشرعية : للذكر مثل حظ الأنثى ، لأنه غير المتعارف بينهم في هذا اللفظ :

وفي الأشباه في قاعدة العادة محكمة ، أن ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم كما في وقف فتح القدير ، ومثله في فتاوى ابن حجر ، ونقل التصريح بذلك عن جماعة من أهل مذهبه وفي جامع الفصولين مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف ، وقد مناخوه عن العلامة قاسم وقد مر وجوب العمل بشرط الواقف ، فحيث شرط القسمة كذلك وكان عرفه بهذا اللفظ المفاضلة وجب العمل بما أراد ، ولا يجوز صرف اللفظ عن مدلوله العرفي لأنه صار حقيقة عرفية في هذا المعنى ، والألفاظ تحمل على معانيها الحقيقية اللغوية إن لم يعارضها نقل في العرف إلى معنى آخر ، فلفظ الفريضة الشرعية إذا كان معناه لغة أو شرعا التسوية وكان معناه في العرف المفاضلة ، وجب حمله على المعنى العرفي كما علمت ، ولو ثبت أن المفاضلة في الوقف مكروهة كما في الهبة وأن النص الوارد في الهبة وارد في الوقف أيضا نقول إن هذا الواقف أراد المفاضلة ، وارتكب المكروه ، فلا يكون في ذلك تقديم العرف على النص بل فيه إعمال النص لإثبات الكرامة فيما فعله ، وإعمال لفظه بحمله على مدلوله العرفي ، فإن النص لا يغير الألفاظ عن معانيها المرادة ، بل يبقى اللفظ على مدلوله العرفي ، وهو المفاضلة لأنه صار علما عليها ، وهي فريضة شرعية في ميراث الأولاد ، فإذا ذكرناها في وقفه على أولاده وجب العمل بمصادره ، وهذا كله بعد تسليم أن المفاضلة في الوقف مكروهة كالمية ، وقد سمعت التصريح بخلافه عن الظهيرية .

وقد وقع سؤال في آواخر كتاب الوقف من الفتاوى الخيرية فيه ذكر الفريضة الشرعية مع عدم التصريح ، بأن للذكر مثل حظ الأنثيين فأجاب فيه بالقسمة بالمفاضلة ، وأجاب في الخبرية قبله في سؤال آخر بذلك أيضا ، وبه أفنى مفتي دمشق المرحوم الشيخ إسعيل تلميح الشارح ، وكذا شيخ مشايخنا السامحاني ، ورأيت مثل ذلك

ونحوه في فتاوى المصنف وفيها من ثبت بطريق شرعي وقفية مكان وجب نفق البيع ولا إثم على البائع مع عدم علمه وللمتولى أجر مثله ولو بنى المشتري أو غرس فذلك لهما فيسلك معهما بالأنفع للوقف :

في فتاوى الشهاب أحمد بن الشلبي الحنفي شيخ صاحب البحر : ووافقه عليه الشهاب أحمد الرزالي الشافعي في فتاويه ، ورأيت مثل ذلك أيضا في فتاوى شيخ الإسلام محقق الشافعية السراج البلقيني ، ومثله في فتاوى المصنف ، وعزاه أيضا إلى المقدسي والطيلاوي كما يأتي قريبا ، فكل هؤلاء الأعلام أفتوا بما هو المتعارف من معنى هذا اللفظ وكفى بهم قدوة ، وهذا خلاصة ما ذكرته في الرسالة المذكورة ، ومن أراد زيادة على ذلك فليرجع إليها وليستد عليها ففيها المقنع لمن يتدبر ما يسمع والله الحمد (قوله ونحوه في فتاوى المصنف) هذا حجب يل الذي فيها خلافه وهو انصراف الفريضة الشرعية إلى القسمة بالمفاضلة حيث وجد ذكور وإناث ، نعم وقع في السؤال الذي سئل عنه المصنف أنه آل الوقف إلى أخى الميت لأمه وأخيه الشقيق ، فأجاب بأنها تقدم الغلة بينهما نصفين لقسمة الميراث : أي لا ينقل للأخ للأم السادس ، والباقي للشقيق وقال : إن هذا هو الموافق لأحوال الواقفين وهو قد قد التفات بين الذكر والأنثى ، فإذا قال على حكم الفريضة يترى على الغالب المذكور ، ثم قال وقد أعجاب بهذا الجواب شيخ الإسلام عمدة الأئمة مفتي الوقت بالقاهرة المحروسة هو الشيخ نور الدين المقدسي وشيخ الإسلام محمد الطيلاوي الشافعي مفتي الديار المصرية اهـ .

وحاصل كلامه : أنه حيث وجد ذكور فقط كما في واقعة السؤال من أخوين أحدهما لأم والآخر شقيق يحل له الفريضة الشرعية على القسمة بالسوية لأجل قسمة الميراث بينهما ، لأن الغالب من أحوال الواقفين إرادة التفات بين الذكر والأنثى فيحمل هذا اللفظ على الغالب إذا وجد ذكر وأنثى لا إذا كانا ذكوريين .

قلت : وهذا لا شك فيه وهو صريح فيما قلنا من حمل اللفظ المذكور على معناه العرفي ، وكأن الشارح نظر إلى قوله في صدر الجواب تقدم الغلة بينهما نصفين ، ولم ينظر إلى بقاءه مع أن الضمير في بينهما راجع للأخوين لا إلى ذكر وأنثى ، وقد وقع لابن المنار في رسالته نظير ما وقع للشارح فإنه نقل عن الحافظ السيوطي فتوى استدلل بها على كلامه مع أنها دالة على خلاف مراده .

فإن حاصلها أن واقفا شرط انتقال نصيب من مات عن غير ولد إلى أقرب الطبقات إليه مات شخص من ابن عم وبنتي عم ، فأجاب : بانتقال النصيب إلى الثالثة وأن قوله بالفريضة الشرعية محمول على تفضيل الذكر على الأنثى فقط فلا يختص به ابن العم وإن كان عصبية .

وحاصله : حمل الفريضة الشرعية على المفاضلة لأجل التسوية ولا على قسمة الميراث من كل وجه ، وهذا عين ما أجاب به المصنف والله الموفق فافهم (قوله وللمتولى أجر مثله) أي أجر مثل المكان المذكور في مدة وضع المشتري يده على القول المختار كما في البرازية وغيرها فتاوى المصنف .

مطلب فيما لو اشترى دار الوتف وعمر أو غرس فيها

(قوله فذلك لهما) هكذا عبارة فتاوى المصنف ونصها : وإذا زاد المشتري في المكان المذكور زيادة هي مال متقوم كالبناء والغرس فذلك لهما ولهما المطالبة به فيسلك معهما فيه طريقا يظهر نفعها لجهة الوتف ويعظم نفعها اهـ والظاهر أن يقول : فذلك له أي للمشتري ، والمراد بالأنفع للوقف أنه إن كان القلع والتسليم للمشتري أنفع للوقف يفعل ، وإلا بأن كان القلع يضر بالوقف يتحكم الناظر للوقف كما مر في بناء المستأجر تأمل .

وفي البرازية معزيا للجامع إنما يرجع بقيمة البناء بعد نقضه إن سلمه المشتري للبائع وإن أنسكه لم يرجع بشيء بخلاف مالو استحق المبيع لو انقطع ثبوته فما كان في دواوين القضاء اتبع وإلا فتح برهن على شيء حكم له به وإلا صرف للفقراء ما لم يظهر وجه بطلانه بطريق شرعي فيعود للملك واقفه

مطلب إذا هدم المشتري أو المستأجر دار الوقف ضمن

قلت : وهذا إذا كان النقص ملك المشتري ، فلو بناء بنقص الوقف فهو للوقف وبني لو هدمه . ففي البحر عن المحيط : لو هدم المشتري البناء إن شاء القاضي ضمن البائع قيمة البناء فينفذ بيعه أو ضمن المشتري ، ولا ينفذ البيع ، وبذلك المشتري البناء بالضمآن ، ويكون الضمان للوقف لا للموقوف عليهم اه والمراد بالبناء نقضه ، وهذا إذا لم يمكن إعادته وإلا أمر كاسد كره في النصب ، وبقي أيضا لو هدمه وبناءه على غير صفته في الحامدية عن فتاوى المفتي أبي السعود : يلزم المشتري قنع ما بناه وقيمة ما قلعه اه :

قلت : هذا إن لم يكن البناء الثاني أنفع للوقف ، ففي فتاوى قارئ الهداية سئل إذا استأجر شخص دارا وقفا ثم إنه هدمها وجعلها طاحونا أو فرلا أو غيره ما يلزمه ؟ أجاب : ينظر القاضي إن كان ما غيرها إليه أنفع بجهة الوقف أمطلته الأجرة وبقي ما عر بجهة الوقف وهو متبرع بما أنفقه في العمارة ولا يجب له الأجرة ، وإن لم يكن أنفع ولا أكثر ربحا ألزم بهدم ما صنع وإعادة الوقف إلى الصفة التي كان عليها بعد تعزيره بما يليق بحاله اه (قوله وفي البرازية الخ) الذي في فتاوى المصنف وكذا له الرجوع بقيمة البناء على البائع إذا نقض المستحق البناء بلا قيد كذا في البرازية لفلاحن النخبة ، وفيها انقلا عن الجامع أنه إنما يرجع على البائع بقيمته مبنيا إذا كان المشتري سلم النقص إلى البائع وأما إذا أسلك النقص لا يرجع على البائع بشيء اه ما في فتاوى المصنف وقوله بلا قيد أي قيد التسليم المقيد به في العبارة الثانية ، ومثله ما سلكه الشارح في باب الاستحقاق عن التمية شري دارا وبني فيها فاستحق رجوع بالنقص وقيمة البناء مبنيا على البائع إذا سلم النقص إليه يوم تسليمه ، وإن لم يسلم فبالنقص لا غير اه وقوله يوم تسليمه متعلق بالقيمة ، حتى لو أنفق في البناء عشرة آلاف وسكن في الدار حتى تغير البناء وتهدم بعضها لم يرجع إلا بقيمته يوم يسلم البناء للبائع ، ولو خلا حتى صار بعشرين ألفا يرجع بقيمته يوم يسلم ولا ينظر إلى ما أنفق كذا في الخاتمة ، وبه ظهر أن قول الشارح بعد نقضه متعلق بالقيمة وأشار به إلى أنه إنما يرجع بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه إلى البائع فلا يرجع بقيمة جص وطين كاسد كره في باب الاستحقاق فافهم (قوله بخلاف مالو استحق المبيع) هذا لم يذكر في فتاوى المصنف ولا في البرازية كما سمعت ، والصواب إسقاطه لأن ما نحن فيه من استحقاق المبيع ، وهذا يوم الفرق بين مالو استحق الوقف ومالو استحقه المالك ولم نمن فرق بينهما والمصنف لم يفرق بينهما كما علمت من عبارته في الفتاوى فافهم .

مطلب في الوقف إذا انقطع ثبوته

(قوله لو انقطع ثبوته الخ) المراد علم أنه وقف بالشهرة ولكن جهلت شرائطه وصاروا بأن لم يعلم حاله ، ولا تصرف قوائمه السابقين كيف كانوا يعملون وإلى من يصرفونه ، فحينئذ ينظر إلى ما في دواوين القضاء فإن لم يوجد فيها لا يعطى أحد بحق يدعي فيه حقا ما لم يبرهن فإن لم يبرهن يضرب للفقراء لأن الوقف في الأصل لهم وقد علم مجرد كونه وقفا ولم يثبت فيه حق لغيرهم فبعد عرف إليهم فقط ، وهذا معنى قولهم : يعطى القاضي موقوفة إلى

أو وارثه أو وليت المال . فلو أوقفه السلطان ما جاز ، ولو لمحة خاصة فظاهر كلامهم لأبصح :
لو شهد المتولى مع آخر بوقف مكان كذا على المسجد فظاهر كلامهم قولها .
لأنهم الخامسة في كل عام ، ويكتفى القاضي منه بالإجمال لو معروف بالأمانة ، ولو متما يجزئه على التعيين شيئا
فثبت ولا يجزئه بل يهدده ، ولو اتهمه بحلفه قتيه :
فات : وقد هنا في الشركة أن الشريك والمضارب والوصى والمتولى لا يازم بالتفصيل ، وأن غرض قضائيا
ليس إلا الوصول لسحت المحصول .
لو ادعى المتولى الدفع قبل قوله بلا بين لكن أفتى الملا أبو السعود أنه إن ادعى الدفع من غلة الوقف

أن يظهر الحال ، وقد هنا تمام تحقيق هذه المسألة عند قوله وبين المصنف من أصله فافهم (قوله أو وارثه) أى إن
مات مالكة أولييت المال إن لم يكن له وارث (قوله فلو وقفه السلطان) أى بعد ما صار وليت المال بموت أربابه ،
وقد هنا إذا ارصاد لا وقت حقيقى (قوله عاما) كالمسجد والمقبرة والسقاية ، ومثله ما وظفه فى مسجد ونحوه
للعامة ونحوهم من له حق فى بيت المال ، فلا يجوز لأحد إبطاله نعم للسلطان مخالفة شرط واقفه بزيادة ونقص
ونحو ذلك لا يضره عن جهته إلى غير جهته كما مر عند قوله ونقل عن المبسوط (قوله ولو لمحة خاصة) ككثريته
أو غنائه (قوله لا يصح) لأن فيه تعطيل حق بقية المسلمين وقد بسط المتأخر فى شرح الوهبانية فراجع (قوله
فظاهر كلامهم قريه) كما لو شهد بوقف مدرسة وهو صاحب وظيفة بها فتاوى المصنف ، وكذا شهادة أهل
الغلة بوقف عليها ، وأما السائل بوقف على أبناء السبيل ، وهذا فى الشهادة بأصل الوقف لا فيما يرجع إلى الغلة
كشهادة الحارة ونحوها فلا تقبل لأن له حقا فيها فكان متما كفى شهادات البحر ، وسياق تمامه إن شاء الله تعالى
فمن قوله وإلا جبر الخامس ، ووجه القول أن الشهادة تنقل فى الوقف حسبة بدون الدعوى كما مر (قوله بل يهدده)
بومين أو ثلاثة من أهل المال لا يكتفى منه بأعين بحر .

مطلب فى محاسبة المتولى وتحليفه

(قوله ولو شهد بخله) أى وإن كان أمينا كما دعى بدعى هلاك الودعة أو ردها قيل : إنما يستحلف إذا ادعى
عليه شيئا معلوما ، وقيل يخلف على كل حال بحر عن الفتية :
قلت : وسياق قبيل كتاب الإقرار أنه لا تخلف على حق مجهول إلا فى ست : إذا اتهم القاضي وصى بقيم ومتولى
وقف وفى رهن مجهول ودعوى سرقة وغصب وخيانة ودعوى اه (قوله قلت وقد هنا الخ) استدراك على قوله :
ولو متما يجزئه على التعيين ، وقد يجب العمل أقدمه على ما إذا كان معروفا بالأمانة .

مطلب فى قبول قول المتولى فى ضياع الغلة وتفريقها

(قوله بلا بين) مخالف لما فى البحر عن وقف الناصى إذا أجز الرائف أو قيمه أو وصيه أو أمينه ثم قال قبضت
الغلة فصاعقت أو فترقتها على الموقف عليهم وأنكروا فالقول له مع يمينه اه ومثله فى الإسعاف وكذا فى شرح الماتنى
عن شروط الطالبة ، ثم قال : وسبغى فى العارية أنه لا يفسد ما أنكره بل يدفعه ثانيا من مال الوقت اه وفى
حاشية الخبير الرولى النورى على أنه يخلف فى هذا الزمان اه .

لمن نص عليه الواقف في وقفه كأولاده وأولاد أولاده قبل قوله وإن ادعى الدفع إلى الإمام بالجامع والباب ونحوها لا يقبل قوله كما لو استأجر شخصا للبناء في الجامع بأجرة معلومة ثم ادعى تسليم الأجرة إليه لم يقبل قوله . قال المصنف : وهو تفصيل في غاية الحسن فيعمل به واعتمده ابنه في حاشية الأشباه :
قلت : وسيجيء في العارية معزيا لأخى زاده لو أجز القيم ، ثم عزل فقبض الأجرة للمنصوب في الأصح

مطلب إذا كان الناظر مفسدا لا يقبل قوله . يمينه

قلت : بل قل في الحامدية عن المفتي أبي السعود أنه أفق بأنه إن كان مفسدا مبذرا لا يقبل قوله بصرف مال الوقت يمينه ، وفيها القول في الأمانة قول الأمين مع يمينه إلا أن يدعي أمرا يكذبه الظاهر ، فحينئذ تزول الأمانة وتظهر الخيانة ، فلا يصح أن يبرى عن أحكام الأوصياء ، وعلى هذا لو ظهرت خيانة ناظر لا يصدق قوله ولو يمينه وهي كثيرة الوقوع اه وفيها عن فتاوى الشافعي بعد كلام ، ومن اتصف بهذه الصفات المجالعة لا راع التي صدر بها فاسقا لا يقبل قوله فيما صرفه لإبينة اه وبقي هل يقبل قول الناظر الثقة بعد العزل أيضا ذكر الحموي في حاشية الأشباه من كتاب الأمانات أن ظاهر كلامهم القبول ، لأن العزل لا يخرجهم عن كونه أئمة ، وأطاب فيه فراجعه وبه أفق المصنف قياسا على الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتم أنه أنفق كذا فإنه يقبل وعلاؤه بأنه أسنده إلى حالة متنافية للضمان (قوله في وقفه) أي وقف الواقف المعلوم من المقام (قوله قبل قرأه) أي ولو بعد موتهم كما وشرحه على المنتقى (قوله لا يقبل قوله) لأن ما يأخذ الإمام ونحوه ، ليس مجرد صلة ، بل فيه شوب الأجرة كما مر (قوله قال المصنف) أي في فتاواه لكن قال في كتابه تحفة الأقرباء غير أن العلماء على الأمانة اه وفي حاشية الخير الرملي والجواب عما قاله أبو السعود : أنها ليس لها حكم الأجرة من كل وجه ومقتضى ما ذكره أبو السعود أنه يقبل قوله في حق براءة نفسه لاني حق صاحب الوظيفة لأنه أمين فيها في يده فيلزم الضمان في الوقف ، لأنه عال له وفيه ضرر بالوقف فالإفتاء بما قاله العلماء متعين ، وقوله يعني : المصنف هو تفصيل في غاية الحسن في غير محله إذ يلزم منه تضمين الناظر إذا دفع لهم بلا بينة لتعديه اه :

قلت : وفيه نظر بل الضمان على الوقف ، لأنه عامل له ولا تعدى منه أصلا لأن دفع حقا لمن يستحقه فأن القدري إذا لم يشهد ، وإلا لزم أنه يضمن أيضا في مسألة استجاره شخصا للبناء إذا دفع له الأجرة بلا بينة ولذا قال في الحامدية بعد نقله كلام الخير الرملي قلت : تفصيل أبي السعود في غاية الحسن باعتبار التمثيل بالأجرة فهي مظهرها ، وقول العلماء يقبل قوله في الدفع إلى الموقوف عليهم محمول على غير أرباب الوظائف المشروط عليهم العمل ، ألا ترى أنهم إذا لم يعملوا لا يستحقون الوظيفة ، فهي كالأجرة للامانة ، وهو كأنه أجبر فإذا اكتفينا بيمين الناظر يضيع عليه الأجر لاسيما نظار هذا الزمان ، وقال المولى عطاء الله أفندي في مجموعته سئل شيخ الإسلام زكريا أفندي عن هذه المسألة فأجاب : بأنه إن كانت الوظيفة في مقابلة الخدمة ، فهي أجرة لابد للمتولى من إثبات الأداء بالبينة وإلا فهي صلة وعطية يقبل في أدائه قول المتولى مع يمينه ، وإفتاء من بعده من المشايخ الإسلامية إلى هذا الزمان على هذا متمسكين بتجوز المتأخرين الأجرة في مقابلة الطاعات اه (قوله قلت وسيجيء بالغ) حيث قال : وأما إذا ادعى الصرف إلى وظائف المرتزة فلا يقبل قوله في حقهم ، لكن لا يضمن ما أنكروه له بل يدفعه ثانيا من مال الوقف كما بسط في حاشية أخى زاده اه .

قلت : وسيجيء قبله في الودعية حكم ماله ، مات الناظر مجهلا غلات الوقف فراجعه (قوله في الأصح) ذكر

وهل يملك المزعول مصادقة المتأجر على التعمير قبل نعم ، قال المصنف والذي ترجح عندي لا ، ليس للمتولى أخذ زيادة على ماقرره له الواقف أصلا ويجب صرف جميع ما يحصل من ثمنه وهوائد شرعية وعرفية لمصارف الوقف الشرعية .

مثله في البحر عن القنية معللا (۱) بأن المزعول أجراها للوقف لأنفسه ، خلافا لما أفتى به في فتاواه كما نبه عليه الرمل (قوله قال المصنف والذي ترجح عندي لا) أى لا تصح مصادقته ، وأخذ المصنف ذلك من قوله في الولولية من حكى أمرا لا يملك استثناءه إن كان فيه إيجاب الضمان على الغير لا يصدق ، وإن كان فيه نفي الضمان عن نفسه صدق قال : وحكاية المتولى ذلك فيه إيجاب الضمان على جهة الوقف فينبغي عدم تصديقه وهذا ما ترجح عندي في الجواب اه .

قلت : وهذا يشمل المزعول والمنصوب فذكر المزعول غير قيد ، وأصرح بما ذكره المصنف ما في دعوى الإزائية لا ينفذ إقرار المتولى على الوقف ومثله في السابغ من العمادية ، وفي فتاوى الخانوي من الإجارة النصادق غير صحيح ، لأنه إقرار منه على الوقف وإقرار الناظر على الوقف غير صحيح (قوله ليس للمتولى الخ) فيه كلام يأتي قريبا .

مطلب فيما يأخذه المتولى من العوائد العرفية

(قوله ويجب صرف الخ) حاصل ما ذكره المصنف أنه سئل عن قرية موقوفة يريد المتولى أن يأخذ من أهاليها ما يدفعونه بسبب الوقف من العوائد العرفية من سن ودجاج وغلال يأخذونهم (۲) إن يحفظ الزرع ، ولئن يحضر قدرته فيدفع المتولى لهما منها يسيرا ويأخذ الباقي مع ما ذكره لنفسه زيادة على معلومه فأجاب : جميع ما تحصل من الوقف من ثمنه وغيره مما هو من تعلقات الوقف بصرف في مصارفه الشرعية كمدارته ومستحقه اه ملخصا لكن أفتى في الخيرية بأنه إذا كان في ريع الوقف عوائد قديمة معهودة يتناولها الناظر بسعيه اه طلبها لقول الأشباه عن إجازات الظهيرية والمعروف عرفا كالمشروط شرطا فهو صريح في استحقاقه ماجرت به العادة اه ملخصا .

مطلب في تحرير حكم ما يأخذه المتولى من عوائد

قلت : ويؤيده ما في البحر من جواز أخذ الإمام فاضل الشمع في رمضان إذا جرت به العادة وقد ظهر لي أنه لا ينافي ما ذكره المصنف لأن هذا في المعارف أخذه من ريع الوقف بأن تعورف مثلا أن هذا الوقف يأخذه متوليه عشر ريعه فحيث كان قديما يعمل كأن الواقف شرطه له ، وما ذكره المصنف فيما يأخذه المتولى من أهل الزرية كالذي يهدى له من دجاج وسمن ، فإن ذلك رشوة ، وكالذي يأخذه من الغلال المذكورة التي جعلت للحفاظ فافهم . لكن الذي يظهر أن الغلال إذا كانت من ريع الوقف ، يجب صرفها في مصارف الوقف :

(۱) (قوله مثلا الخ) فيه أن هذا التعليل لا ينتج إذ القبض من حقوق الوقف وهي ترجع للعائد لا ترى الركيل لو علق ثم مات أو أوصيه أول بالقبض وكذا لو عزل تكون ولاية القبض له لأن العهدة عليه قال شيخنا ودأبت في الفتاوى تعليلا مستجبا ولعله لأنه ربما يتفادى المزعول من تحصيل الأجرة فيضيق مال الوقف اه .

(۲) (قوله ودلون يأخذونها الخ) عبارة الفتاوى وأخطأ اه .

ويجب على الحاكم أمر المرتضى برد الرشوة على الراشئ غيب الدعوى الشرعية الكل من فتاوى المصنف .
قلت : لكن سيجيء في الوصايا ومرا أيضا أن المتولى أجر مثل عمله فتنبه :

لو وقف على فقراء قرابته لم يستحق مدعيها ولو وليا^(١) لصغير إلا ببينة على فقره وقرابته مع بيان جهتها ، فإذا

وأما مثل الدجاج فيجب زده على أصحابه ، وهو ما أشار إليه بقوله : ويجب على الحاكم أمر المرتضى برد الرشوة
على الراشئ .

مطلب فيما يسمى بخدمة وتصديقا في زماننا

نعم إن كان ما يأخذه منهم تكلفة أجر المثل يجب صرفه في مصارف الوقف وذلك كما يقع في زماننا كثيرا
المستأجر إذا كان له كدك أو كردار في دكان أو عقار لا يستأجر إلا بدون أجر المثل ، ويدفع للناظر دراهم تسمى
خدمة لأجل أن يرضى الناظر بالإجارة المذكورة ، فهي في الحقيقة من أجرة المثل فلو قلنا بردها على المستأجر
يلزم ضرر الوقف ولا تحمل الناظر لأنه عامل للوقت بما شرط له الواقف ، أو القاضي وقد صرحوا أيضا بأن الناظر
إذا لم يمكنه أخذ الأجرة من المستأجر وظفر بحال المستأجر فله أخذ قدر الأجرة منه فهذه الخدمة إن كانت رشوة
لا يجب ردها على الراشئ حيث لم يمكنه أخذ أجرة المثل منه بل عليه صرفها في مصارف الوقف ، وهذا علم حكم
ما يفعله الناظر في زماننا من أخذهم ما يسهونه تصديقا فيما إذا مات صاحب الكدك أو الكردار فيأخذ الناظر من
ورثته دراهم ليصدق لهم على انتقال ذلك إليهم ، وكذا إذا اشترى أحد ذلك يأخذ من المشتري دراهم فإن كان
ذلك تكلفة أجر المثل ، فأخذه جائز إن صرفه في مصارفه وإلا فلا ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم (قوله
ويجب على الحاكم الخ) لم أجده في نسخي من فتاوى المصنف (قوله غيب الدعوى الشرعية) الغيب بالكسر عاقبة
الشيء كما في القاموس ط ، وهو متعلق بقوله يجب لأن وجوب الحكم على الحاكم بعد الدعوى الشرعية فإذا ادعى
الراشئ على المرتضى بما دفعه إليه ، وثبت ذلك وجب على الحاكم أمر المرتضى برد الرشوة فافهم (قوله قلت
لكن الخ) استترك على قول المصنف في فتاواه : ليس للمتولى أخذ زيادة على ماقرره له الواقف .

قلت : والجواب أن كلام المصنف فيمن شرط له الواقف شيئا معيناً ، وما سيجيء في الوصايا ومرا أيضا
حقب مسألة الجاسكية فيمن نصبه القاضي ، ولم بشرط له الواقف شيئا كما قدمناه ، لكن قدما أيضا عن أنفع
الوسائل يتنا أن الأول لو عين له الواقف أقل من أجر المثل ، فللقاضي أن يكمل له أجر المثل . بطله فهذا مقيد
لإطلاق المصنف كما قدمناه هناك .

مطلب في أحكام الوقف على فقراء قرابته

(قوله لو وقف على فقراء قرابته الخ) سيأتي تفسير القرابة ، والفقر في آخر الفصل الآتي ، وفي البزاية
وقف على فقراء قرابته فجاء رجل وادعى أنه من أقرباء الواقف ، وهو فقير كلف أن يبرهن على الفقر وأنه من
أقارب الواقف وأنه لا أحد تجب عليه نفقته ، وينفق عليه والفقر وإن كان أمرا أصليا يثبت بظاهر الحال ، لكن
الظاهر يكفي للدفع للإلزام مستحقا ، وإنما شرط عدم المنفق ، لأنه بالإتفاق عليه بعد غنيا في باب الوقف ، وشرط

(١) (قول الناظر ولو وليا) الأحسن جعل غير الولد والوصي غاية إذ المتروك في الغير الكلام والهم وكذا الأجنبى إذا كان في
حجرهم عدم سماح دعواه وأما الولد والوصي فلا يحرم فيهما ذلك اهـ .

قضى له استحققه من حين الوقف عليه فتاوى ابن نجيم . وفيما سئل عن شرط السكنى لزوجه فلانة بعد وفاته بادامت عزبا فأتت وتزوجت وطلقت هل ينقطع حقها بالتزويج . أجاب : نعم .

قلت : وكذا الوقف على أمهات أولاده إلا من تزوج أو على بنى فلان إلا من خرج من هذه البلدة فخرج بعضهم ثم عاد أو على بنى فلان ممن تعلم العلم (۱) فترك بعضهم ثم اشتغل به فلا شيء له إلا أن يشترط أنه لو عاد فله فليحفظ خزانة المفتين .

لزومه لأنه لو لم يكن واجبا عليه فالظاهر ترك الإنفاق ، فيكون فقيرا قال هلال ولا بد أيضا أن يسأل عنه في السر ، ثم يستحلفه بالله مالك مال ولا لك أحد تجب نفقتك عليه ، وإن برهن على ما ذكرنا فأخبر عدلان بقائه فهما أولى ، والتجرب والشهادة هنا سواء لأنه ليس بشهادة حقيقة بل هو خبر ولو قال لا أعلم أحدا تجب نفقته عليه كفى ، ولو زعم البعض أنه غنى إن ادعى أن له مالا يصير به غنيا له أن يحلفه على أنه ليس بغنى ، وليس له تخليف المتولى لأنه لو أقر لا يلزم شيء ، فإذا أنكر لا يحلف والخصم في ذلك هو الواقف أو حيا ، وإلا فن الوقف في يده ولو أحد الوصيين دون الوارث وأصحاب الوقف ، فإن برهن على المتولى بأنه قريب الواقف لا يقبل ، حتى يبرهن على نسب معاوم كالأخوة لأبوين أولاد أولاد لأعلى الإخوة المطلقة أو العمومة ، وإن قالوا لا نعلم به وارثا آخر أعطاه ، وإلا يتأني زمانا ثم يدفع إليه ويأخذ كفيلا عندها كافي الميراث ، وإذا أراد الرجل إثبات قرابة ولده أو فقره فله ذلك لو صغيرا بخلاف الكبار فإنهم يثبتون فقرهم بأنفسهم ووصى الأب مثله ، فإن لم يكرنا فلأولاد العالم إثبات ذلك لو الصغير في حجرها استحسانا لأنه تخضع فعلا له فأشبهه بقول المبتداه ملخصا وتام انمروع فيها فراجعها وسيأتي آخر الفصل الآتي ماله تعلق بما هنا (قواه من حين الوقف عليه) أى من حين وجود شرط كونه من أهل الوقف ، وهو الفقر والقرابة لأمن حين القضاء قال في الإسعاف : فإن شهدا له بالفقر بعد مجئ الغلة لا يدخل فيها ، وإنما يدخل فيما يحدث منها بعد الشهادة إلا أن يشهدا له في وقف ويستند فقره إلى زمن سابق فلانه يقضى له بالاستحقاق من مبدأ الزمن الأول وإن طال اه .

مطلب إذا قال مادامت عزبا فتزوجت وطلقت ينقطع حقها

(قوله أجاب نعم) أى ينقطع حقها بالتزوج إلا أن يشترط أن من مات زوجها أو طلقها عاد حقها لإسعاف ومنع : وفى لسان الحكماء لابن الشحنة أن جده أجاب كذلك ، وأن الكافي يجرى خالفه وقال يعود الدوام كما كن بالفرار ووقع النزاع بين يدى السلطان ، وأن جده أخرج القول فوافقه الحاضرون (قوله فلا شيء له إلا أن يشترط الخ) بخلاف ماله وقف على من يسكن بغداد من فقراء قرابته فانقلبت بعضهم وسكن الكوفة ثم عاد إليها وسكن فلانه يعود حذ (۲) لأن النظر هاهنا إلى حاله يوم قسمة غلة الوقف ألا ترى أنه لو افتقر (۳) الأغنياء

(۱) (قول الشارح من تعلم العلم الخ) في نسخة يتعلم وهو الصواب إذ يمكن تفسيرها ببشغل وأما على ما في هذه النسخة فلا يظهر إذ معنى تعلم العلم اتصف به سواء تركه الاشتغال فيما بعد أولا اه .

(۲) (قوله فإنه يعود حقه الخ) صرح في البحر بعدم يعود فيما لو وقف على فقراء قرابته المقيمين بالبلدة كذا فخرج بعضهم فل لا يعود حقه بالعود فله يفرق بين العمل واسم التعامل وقد أشكلت الفروع في هذا المثل وتضاربت تضاربا كبيرا ما يجرى اه .

(۳) (قوله ألا ترى أنه لو افتقر الخ) عبارة الاسعاف ألا ترى أنه لو وقف على فقراء قرابته ولهم الفنى والفقير تصرف الغلة للفقير ثم إنه لو افتقر الأغنياء الخ اه .

وفي الوهبانية: قضى بدخول ولد البنت بعد مضي السنين فله غلة الآتي لا الماضي لو مستهلكة :
وقف على بنيه وله ولد واحد فله النصف والباقي للقراء أو على واده له الكل لأنه مفرد مضاف فيهم .

واستغنى الفقراء تكون الغلة لمن افتقر دون من استغنى ولو لم ينظر إلى حالهم يوم القسمة لربما لزم دفع العدة إلى الأغنياء دون الفقراء وتامه في الإسعاف فافهم :

مطلب فيما إذا قضى بدخول ولد البنت

(قوله قضى بدخول ولد البنت) أى في صورة الوقف على أولاد أولاده (قوله لا الماضي لو مستهلكة) لأن الحكم وإن كان يستند إلى وقت الوقف ، لكن في حق الموجود وقت الحكم وغلات تلك السنين معدومة كالحكم بفساد النكاح بغير ولي ، لا يظهر في الوطأت الماضية . والمهر ، حتى لو كان غلات السنين الماضية قائمة يستحق أولاد البنات حصنهم منها شرح الوهبانية عن الفتية ملخصا . لكن تقدم أنفا في الوقف لفقراء قرابته أنه من نضى له استحققه من حين الوقف عليه ، وفي قضاء الخيرية لو ثبت أن الوقف سوية بين زيد وعمرو ، وكان زيد يدول زيادة عما يخصه مدة سنين أجاب : لعمره الرجوع عليه بما تناوله زائدا عن حقه المدة الماضية ، والقضاء به مظهر ومعين لكونه كاشفا فيستد لامثبت وعادل ، حتى يقتصر كما قرره أصحاب الأصول والفروع أيضا اهـ .

مطلب أثبت واحد أنه من الذرية يرجع بما يخصه في الماضي

وفي فتاوى ابن نجيم سئل عن واقف وقف على ذريته ففرق الناظر الغلة سنين على جماعة منهم ، ثم أثبت واحد منهم ، وقضى به على الناظر فطالبه بما يخصه في الماضي فهل له ذلك أجاب : بأنه إن دفع إلى الجماعة بغير قضاء رجوع بما يخصه على الناظر ، وإلا رجوع على الجماعة أخذا من مسألة الوصي إذا قضى دين الميت بجميع التركة ثم ظهر دين آخر عليه ، فإنهم قالوا إن دفع بغير قضاء رجوع الدائن عليه ، وإلا على القابضين ولا يعارضه . وفي الفتية لو قضى بدخول أولاد البنات الخ لأن دخولهم مختلف فيه بخلاف ما نحن فيه للإتفاق اهـ وذكر ذلك بعينه في فتاوى الحانوتي وحاصله : أن في دخول أولاد البنات في الوقف على أولاد أولاده خلافا كما سيأتي تحريره ، فإذا عصى بدخولهم فإنه وإن وقع دخولهم مستندا إلى وقت الوقف لكن بسبب الاختلاف صار الحكم مثبتا بحقهم لأن في الغلة القائمة ، فلهم غلة سنة الحكم وغلة السنين الماضية إذا كانت قائمة للاستناد دون المستهلكة المشبهة الانقضاء ، بخلاف من لم يتبع خلاف في دخوله ، ثم أثبت دخوله فإن القضاء به مظهر أنه منهم لا مثبت فيستد ولا يقتصر كما رد فقير (قوله لأنه مفرد مضاف فيهم) أى الواحد والأكثر بخلاف بنيه ، وعبرة الإسعاف لأن أقل الجمع هنا الثان واسم الولد يصدق على الواحد فلهذا اخلفا في الحكم اهـ .

مطلب من وقف على أولاده هل يشمل الواحد أولا

[تنبيه] في البحر ولو وقف على أولاده وليس له إلا واحد أو على بنيه وليس له إلا ابن واحد كان النصف والنصف للفقراء هكذا سوى بينهما في الخانية ، وفرق بينهما في فتح القدير فقال في الأولاد يستحق الواحد الكل وفي البنين لا يستحق الكل ، وقال كأنه مبني على العرف وقد علمت أن المنقول خلافه اهـ . قلت : وبالحاصل أنه لا فرق بين أولاده وبنيه في أن الواحد يستحق النصف فقط ، لأن اللفظ جمع أقله في الوقف اثنان كالوصية بخلاف ولده ، فإن الواحد يستحق الكل لما مر وما ذكره في الفتح مثنى عليه في إيمان الأشباه

للمتولى الإقالة لو خيرا :

أجر بعرض معين صبح وخصاه بالنقود للمستأجر غرس الشجر بلا إذن الناظر، إذا لم يضر بالأرض

حيث قال : الجمع لا يكون للواحد إلا في مسائل وقف على أولاده ، وليس له إلا واحد فله كل الغلة بخلاف بنه الخ ، وقال في الدر المتقى آخر الوقف : وأما ما في الأشباه فقد عزاه للعمدة ، وكذا ذكره في التارخاية وغيرها ، فلم يبق الكلام إلا في التوفيق .

فأقول وبالله التوفيق : قد لاح لي أنه لا يبعد أن يحمل كلام الخانية على ما إذا وقف على أولاده وله ولدان ثم على المقراء فأت واحد وبق واحد وقت وجود الغلة ، كما يفيد قوله وله ولد وقت وجود الغلة فيندفع عن الأشباه الاشتباه فتدبر ولا قوة إلا بالله اه :

قلت : ويكتفى في التوفيق مامر عن الفتح من ابتناؤه على العرف إذ لاشك أن من وقف على أولاده وأولادهم يريد أنه لو بق منهم واحد ، يأخذ الوقف كله وبما تقرر علمت أن ما في الفتح منقول أيضا .

مطلب في إقالة المتولى عقد الإجارة

(قوله للمتولى الإقالة لو خيرا) كذا في البحر عن جامع الفصولين وقال في الأشباه : إقالة الناظر عقد الإجارة جائزة إلا في مسألتين الأولى : إذا كان العاقد ناظرا قبله كافهم من تعليلهم . الثانية : إذا كان الناظر تمجلا للأجرة كافي القنية ومشى عليه ابن وهبان اه . لكن في شرح الوهبانية للشر بلاني أقول : هذا ليس فيه تحرير فإن قبض الأجرة وعنده ليس فيه نظر للخبر وعنده ، بل النظر إنما هو لما فيه مصلحة ، وهو الذي في البحر عن جامع الفصولين المتولى يملك الإقالة لو خيرا وإطلاقه يشمل القبض وعنده ، ويشمل إقالة عقد ناظر قبله وبؤيده مسألة هي لو باع القيم دارا اشتراها بمال الوقف فله أن يقبل البيع مع المشتري إذا لم يكن البيع بأكثر من ثمن المثل وكذا إذا عزل ونصب غيره ، فلم يتصوب إقالته بلا خلاف كذا في البحر ، وفي الأشباه المتولى على الوقف لو أجر الوقف ثم أقال ولا مصلحة لم يجز على الوقف ، فالمنظور إليه المصلحة وعندها ولذا قال في الدرر إذا باع المتولى أو الوصي شيئا بأكثر من قيمته لا يجوز إقالته اه مع أن المبيع إذا عاد ترجع ماله على ما كانت عليه ، والعين المؤجرة لا تبقى الأجرة بمضى الزمن إلا بالاستئجار فيفوت النفع الذي لزم بالاستئجار فكان عدم صحة الإقالة مع فوات النفع ألزم من إقالة البيع خصوصا ، وقد تربو المضرة باحتياج العين التي كانت مؤجرة لمؤنة كطعام ومهمة بها اه (قوله وخصاه بالنقود) بناء على أن الناظر وكيل يتصرف بالعرض والنقد والتسيئة عنده وعندهما بالنقود كما سبق في كتاب الوكالة كذا قيل والمسألة نظمها في الوهبانية :

مطلب للمستأجر غرس الشجر

(قوله للمستأجر غرس الشجر الخ) كذا في الوهبانية ، وأصله في القنية يجوز للمستأجر غرس الأشجار والكروم في الأراضي الموقوفة ، إذا لم يضر بالأرض بدون صريح الإذن من المتولى ، دون حققر الحياض :

مطلب إنما يحل للمتولى الإذن فيما يزيد الوقف به خيرا

وإنما يحل للمتولى الإذن فيما يزيد الوقف به خيرا ثم قال قلت : وهذا إذا لم يكن لم حق قرار المارة فيها أما إذا كان يجوز الحفر والغرس والحائط من ترابها لوجود الإذن في مثلها دلالة اه ولا يخفى أن قوله قات الخ : محاه عند

ولیس له الحفر إلا بإذن، وتأذن لو غیرا وإلا لا وما بناء مستأجر أو غرسه، فله مالم بنوه للوقف والمتولی بناؤه وغرسه للوقف مالم يشهد أنه لنفسه قبله :

عدم الضرر بالأرض، كما علم بالأولی من قوله وإنما محل الخ. ثم اعلم أن العادة فی زماننا أن الناظر لا يمكن المستأجر من الغراس إلا بإذنه إذا لم يكن له فی الأرض حق للقرار المسمى بمسند المسكة، فینبغی أنه لا يملك ذلك بدون إذنه، ولا سيما وفيه ضرر على الوقف، لأن الأنفع أن يغرس الناظر للوقف أو بإذن للمستأجر بالمناصفة : وهی أن يغرس على أن الغراس بينه وبين الوقف كما هو العادة ولا شك أنه أنفع من غرسه لنفسه فقط :

مطلب فی حکم بناء المستأجر فی الوقف بلا إذن

(قوله وما بناء مستأجر أو غرسه فله) أى إذا بناء من ماله بلا إذن الناظر ثم إذا لم يضر رفعه بالبناء القديم رفعه وإن ضرر فهو المضیع ماله فلیتر بص، إلى أن يتخلص من تحت البناء ثم يأخذه ولا يكون بناؤه مانعا من صحة الإجارة من غیره إذ لا بد له عليه حيث لا يملك رفعه، ولو اصطلاحوا على أن يجعله للوقف بشمن لا يجاوز أقل القيمتين منزوعا فيه أو مبثبا صح جامع الفصولین :

وفی حاشيته للخیر الرملی أقول : ظاهره اشتراط الرضا إذ الصلح لا يكون إلا عنه مع أنهم صرحوا فی الإجارة إذا مضت المدة، وكان القلع يضر بالأرض يشملكه المؤجر بأقل القيمتين جبرا، وإطلاقه يقتضى عدم الفرق بين الوقف والملک إذ لا وجه للفرق بينهما فی ذلك فيحمل الصلح فی كلامه على مجرد الإخبار بالصحة لاعتقاده أنه شرط متعين فی ذلك أه وفی الخاتمة : طرح فيها السرقین، وغرس الأشجار، ثم ماتت فالأشجار لورثته وبؤمرون بقوله ولا رجوع لهم بما زاد السرقین فی الأرض عندنا أه وقدمنا مسألة استبقاء المستأجر العارة فی الأرض المحتكرة قبل الفصل عند قول الشارح وأما الزيادة فی الأرض المحتكرة، وقدمنا مسألة العارة بإذن الناظر عند مسألة الاستبدال.

مطلب فی حکم بناء المتولی وغیره فی أرض الوقف

(قوله والمتولی بناؤه الخ) اعلم أن البناء فی أرض الوقف فيه تفصيل، فإن كان البانی المتولی عليه فإن كان بماله الوقف فهو وقف سواء بناء للوقف أو لنفسه، أو أطلق وإن من ماله للوقف أو أطلق فهو وقف إلا إذا كان هو الواقف وأطلق فهو له، كما فی اللعيرة، وإن بناء من ماله لنفسه، وأشهد أنه له فهو له كما فی القنية والمحجى، وإن لم يكن متوليا فإن بنى بإذن المتولی يرجع فهو وقف، وإلا فإن بنى للوقف فوقف، وإن لنفسه أو أطلق فله رفعه إن لم يضر وتماه فی ط عن الأشياء وحواشيها : وفی الخاتمة : ولو غرس فی المسجد يكون للمسجد لأنه لا يغرس فيه لنفسه (قوله مالم يشهد أنه لنفسه قبله) أى قبل البناء، وهو متعلق ببشيد، وهذا إذا بناء من ماله كما علم مما مر قبله، وقيد بالأشهاد تبعاً لجامع الفصولین وغیره لكن صرح الخصاص بأن القول قوله : إذا اختلف هو وأهل الوقف بما قال زرعتها لنفسی بيلرى ونفقى وقالوا : بل لنا لأن البئر له فما حدث منه فهو له بمنزلة الواقف فيما يزرع له قال الخصاص : وأرى إخراجهم من يده بما فعل ويضمن نقصان الأرض أه ومثله فی الخاتمة وهو صريح أيضا بأنه يكون خيانة منه يستحق بها العزل وكأنه فی البحر لم يره حيث قال : وينبغی أن يكون خيانة وقدمنا عند قوله : وينزع وجوبا لو خائنا عن شرح الأشياء للبیرى أنه يؤخذ بما ذكرناه أن الناظر لو سكن دار الوقف ولو بأجر المثل للقاضى عزله لأنه نص فی خيانة الأكل أنه لا يجوز له السكنى ولو بأجر المثل :

ولو أجز لآبته لم يميز خلافا لما كعبده اتفاقا هذا لو باشر بنفسه فلو القاضي صح وكذا الوصي بخلاف الوكيل :
وقف على أصحاب الحديث لا يدخل فيه الشافعي إذا لم يكن في طلب الحديث ويدخل الخنثى كان في طلبه
أولا بزيادة : أى لكونه يعمل بالمرسل ويقدم خبر الواحد على القياس ، وجاز على حفر القبور والأكتاف على
الصوفية والعميان في الأصح :

مطلب لو أجز المتولى لآبته أو آبيه لم يميز إلا بأكثر من أجر المثل

(قوله ولو أجز لآبته أى الكبير إذ الصغير تبع له شرح الوهبانية وفي جامع الفصولين لو باع القيم مال الوفاء
أو أجز ممن لا تقبل شهادة له لم يميز عند أبي حنيفة ، وكذا الوصى وقيل الوصى كضارب ، وفيه المتولى إذا أجز دار
الوقف من ابنه البالغ أو آبيه لم يميز عند أبي حنيفة إلا بأكثر من أجر المثل كبيع الوصى لو بمثل قيمته ، صح عندهما ،
ولو خيرا لليتيم صح عند أبي حنيفة ، وكذا ، نول أجز من نفسه لو خيرا صح ، وإلا لا ، ومعنى الخير مر في بيع الوصى من
نفسه ، وبه يفتى اه والذي مر هو قوله في شراء مال الصغير جاز للوصى ذلك لو خيرا وتفسيره أن يأخذ بخمسة
عشر ميساوى عشرة أو يبيع منه بعشرة ميساوى خمسة عشر وبه يفتى اه (قوله كعبده اتفاقا) وكذا لو نفسه (قوله
هذا لو باشر بنفسه) أما لو ذهب إلى القاضي فأجزه صح شرح الوهبانية عن الحائنة .
قلت : وبشكل عليه ما مر عند قوله ولاية نصب القيم إلى الواقف ، ثم لو صبه ثم للقاضي من أن القاضي لا يملك
التصرف مع وجود المتولى والجواب أنه لا يملك ذلك على ما فيه من النزاع عند صحة تصرف المتولى بنفسه ، وهنا
لا يصح وقدما عند الكلام ، على قطع الجهات للتعمير أن المتولى لو عمل كالفاعل والبناء ، فله قدر أجرته لو أمره
الحاكم وإلا فلا إذ لا يصح مؤجرا ومستأجرا وهذه العلة جارية هنا وقدما أيضا أول الفصل إذا شرط الواقف
ألا لا توجر الأرض أكثر من سنة ، وكانت لإجارتها أكثر أنفع للفقراء فليس القيم أن يؤجرها أكثر بل يرفع الأمر
بقاضى ليؤجرها لأن له ولاية النظر للفقراء فافهم (قوله وكذا الوصى) أى من قبل الأب بخلاف وصى القاضي ،
فإنه لا يصح بيعه ، ولا شراؤه مال اليتيم ولو خيرا كإسائى في بابهِ والإجارة بيع المنافع أفاده ط (قوله بخلاف
الوكيل) فإنه لا يبعد مع من ترد شهادته له للجهة عند الإمام إلا إذا أطلق له الموكل كإسائى في بابها أفاده ط (قوله
أى لكونه يعمل بالمرسل) هو من سقط منه (١) الصحاح ط وهذا التعليل ذكره في شرح الوهبانية بقوله : وفي حفظى
تعليله بكونه يعمل الخ ، ولكنى لم أظفر به الآن اه .

قلت : ووجهه أنه عمل بكل الأحاديث حيث لم يترك العمل بهذين ، فصار أحق باطلاق هذا اللفظ عليه ،
والظاهر أن هذا عند عدم العرف أما إذا عورف إطلاقه على من غلب عليه هذا العلم حتى اشتهر به ، وصار يطلق
عليه أنه من أهل الحديث تعين حله على عرف الواقف كما قدمناه في مسألة ابن المنقار (قوله وجاز على حفر القبور
والأكتاف) هو المقتضى به كما في البحر عن الفتاوى ، وفي شرح الوهبانية أن الصحة أظهر :

مطلب في الوقف على الصوفية والعميان

(قوله لا على الصوفية والعميان في الأصح) فإنه وقع فيه خلاف قال في شرح الوهبانية عن الخلاصة ، بعد
حكاية الخلاصة ، وأخرج الإمام على السعدى الرواية من وقف الخصاص أنه لا يجوز على الصوفية والعميان ،
فرجعوا إلى جوابه اه :

(١) قوله (هو من سقط الخ) هكذا بخطه والذي في نسخة ط هو ما سقط الخ وهو أول أم صححه .

ولو شرط النظر للأرشد فالأرشد من أولاده فاستويا اشتركا به أفتى به الملا أبو السعود معللا بأن أفضل التفصيل ينتظم الواحد والمتعدد وهو ظاهر وفي النهر عن الإسعاف شرطه لأفضل أولاده فاستويا فلأشبههم ولو أحدهما أودع والآخر أعلم بأمور الوقف فهو أولى إذا أمّن خيانتة انتهى جوهره وكذا لو شرط لأرشدكم كنا في نفع الوسائل ،

قلت : لكن في الإسعاف قال شمس الأئمة إذا ذكر مصرف فبهم تنصيب على الحاجة ، فهو صحيح وإن استوى فيه الأغنياء والفقراء ، فإن يحصون (۱) صح والإبطال إلا إن كان في لفظه ما يدل على الحاجة عرفا كالتأني فالوقف عليهم صحيح ، وبصرف لفقرائهم فهذا الضابط يقتضي صحة الوقف على الرمى والعميان ، وقراء القرآن ، والفقهاء وأهل الحديث ، وبصرف لفقرائهم لإشعار الأسماء بالحاجة استعمالا لألعمى ، والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب ، فيغلب فهم الفقر وهو أصح مما ساقى في باب الباطل أنه باطل على هؤلاء اه ومقتضاه : أنه يصح على الصوفية أيضا لأن الفقر فيهم أغلب من العميان بل اصطلاحهم تسميتهم بالفقراء وهذا إن كانت العلة ما ذكر ولا في التثاورية عن الإمام أبي اليسر أن الصوفية أنواع ، فهم قوم يضربون بالزماير ، ويشربون الخمر إلى أن قال فهم إذا كانوا أجدّه المثابة ، كيف يصح الوقف عليهم اه فأفاد : أن العلة أن منهم من لا يصح الوقف عليهم ، فلا يكون قرية ، وبمختمل أن المراد لا يصح الوقف على هذا النوع منهم إذا عيّنهم الواقف ، وهذا وإن كان خلاف ظاهر العبارة لكنه من حيث المعنى أظهر لأن لفظ الصوفية إنما يراد به في العادة من كانوا على طريقة مرضية أما غيرهم ، فليسوا منهم حقيقة وإن سموا أنفسهم بهذا الاسم فإذا أطلق الاسم لا يدخلون فيه ، فيصح الوقف ويستحقه أهل ذلك الاسم حقيقة ، وحينئذ تكون علة الصحة ما مر من غلبة وصف الفقر عليهم فاعتزم هذا التحرير (قوله وفي النهر عن الإسعاف الخ) تخصيص لما أفتى به أبو السعود (قوله فهو أولى) أي أعلم بأمور الوقف أولى ، ومثله لو استويا في الديانة والسداد والفضل والرشاد فالأعلم بأمور الوقف أولى بحر عن الظهيرية :

مطلب في شرط التولية للأرشد

(قوله وكذا لو شرطه لأرشدكم) فيقدم بعد الاستواء فيه الأسن ، ولو أفتى كما في الإسعاف والأعلم بأمور الوقف ، وأفتى في الإسماعيلية بتقديم الرجل على الأئمة والعالم على الجاهل : أي بعد الاستواء في الفضيلة والرشد ، قال في البحر : والظاهر أن الرشد صلاح المال ، وهو حسن التصرف وفيه عن الإسعاف ، ولو قال الأفضل فالأفضل فأي الأفضل القبول ، أو مات يكون لمن يليه على الترتيب ذكره الخصاص وقال هلال : القياس أن يدخل القاضي بدله رجلا مادام حيا ، فإن مات صارت الولاية لمن يليه في الفضل ، ولو كان الأفضل غير موضع أقام رجلا مقامه ، وإذا مات تنقل لمن يليه فيه ، وإذا صار أهلا بعده ترد الولاية إليه ، وكذا لو لم يكن فيهم أهل أقام القباضي أجنبيا إلى أن يصير فيهم أهل ، ولو صار المقضول منهم أفضل ممن كان أفضلهم تنقل الولاية إليه فينتظر في كل وقت إلى أفضلهم كالوقف على الأفقر فالأفقر اه ملخصا :

مطلب إذا صار غير الأرشد أرشد

قلت : وبه علم عدم صحة ما أفتى به في الحامدية أنه إذا أثبت أحدهم أرشدته أنه لا تقبل بيعة آخر أنه صار أرشد واستند لمافي حاوي السبوطي أن العبرة لمن فيه هذا الوصف في الابتداء ، لافي الأثناء ، وبينت الجواب عنه

(۱) قوله (فإن يحصون) لعل صوابه يحصوا بحيث تكون اه مصححه .

ولو ضم القاضي للقيم ثقة أى ناظر حسبة هل للأصيل أن يستقل بالتصرف لم أره وأفتى الشيخ الأخ أنه إن ضم إليه الخيانة لم يستقل وإلا فله ذلك وهو حسن نهر وقى فتاوى مؤيد زاده معزيا للخانية وغيره ألبس للمصرف التصرف بل الحفظ ،

في تنقيحها وذكرت فيه تفصيلا أخذنا من القواعد المذهبية، وهو أنه إذا ادعى آخر الأرشدية قبل الحكم بها للأول، وتعارضت البيئتان اشتركا في التولية لما مر من أن أفضل التفضيل ينظم الواحد والأكثر ، ولأنه لا سبيل إلى ترجيح إحدى البيئتين على الأخرى قبل الحكم وإن كان بعده وقصر الزمن لا نسمع الثانية ، لترجع الأولى بالحكم بها فتلغو الثانية ، وأما إذا طال بحيث يمكن أن يصير الثاني أرشد فكذلك إلا إذا شهدت الثانية بأن صاحبها صار الآن أرشد من الأول والله تعالى أعلم اه ثم رأيت التصريح بذلك في فتاوى الشيخ قاسم حيث قال : إذا قامت بينة أخرى بالأرشدية أميره فلا بد من تصرفها بأن هذا أمر متجدد، وذكر قبله أن الشهادة بالأرشدية تحتاج أن يكون الأولاد وأولاد الأولاد معلومين محصورين ، ليكون المشهود له أرشد من غيرهم (قوله ولو ضم القاضي للقيم ثقة) تقدم عند قول الشارح : ليس للناسى عزل الناظر بمجرد شكاية المستحقين ، أنه يضمه إليه إذا طعن في أمانته بدون إثبات خيانة وإلا عزله وتقدم تمام الكلام عليه هناك (قوله وإلا فله ذلك) قديقال إنه إذا ضممه إليه للطعن في أمانته وكان للأصيل الاستقلال بالمصرف لم يبق فائدة لضمه إليه إلا أن يصور فيها إذا ضممه إليه إعانة له لا لطمع ولا لخيانة تأمل :

مطلب ليس للمصرف التصرف

(قوله ليس للمصرف التصرف) بل له الحفظ لأن التصرف في مال الوقف مفوض إلى المتولى خالية ، والظاهر أن المراد بالحفظ حفظ مال الوقف عنده لكن قال في الفتح : وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرق اه ومقتضاه أنه لو نعرف تصرفه مع المتولى اعتبر ، ويحتمل أن يراد بالحفظ مشاورته للمتولى عند التصرف لئلا يشعل ما يضر ويؤذي به ماد كروه في مشرف الوصى ، ففي الخاتمة قال الإمام الفضل يكون الوصى أولى بإمساك المال ، ولا يكون المشرق وصيا وأثر كونه مشرفا أنه لا يجوز تصرف الوصى إلا بعلمه وفي أدب الأوصياء عن فتاوى الخاصى ، ويقول الفضل يفتى ، وأنت خبير بأن الوقف يستقى من الوصية ، مساللة تنزع منها ، وعن هذا أفتى في الحامدية بأنه ليس للمتولى التصرف في أمور الوقف ، بدون إذن المشرق وأما :

مطلب القيم والمتولى والناظر بمعنى واحد

وفي الطهريه إن كان الناظر بمعنى المشرق فقد صرحوا بأن الوصى لا يتصرف إلا بعلم المشرق وفيها مثل في وقف له ناظر ومقول هل لأحدهما التصرف بلا علم الآخر أجاب لا يجوز والقيم والمتولى والناظر في كلامهم بمعنى واحد اه

قلت : هذا ظاهر عند الأفراد أما لو شرط الواقف متوليا وناظرا عليه كما يقع كثيرا ، فبراد بالناظر المشرق وعن هذا أجبت في حادثة بأنه ليس للمتولى الإيجار ، بلا علم الناظر ، خلافا لما في الفتاوى الرحيمية من أنه لو أجر المتولى إجارة شرعية بأجرة المثل لا يملك الناظر معارضته لأنه في معنى المشرق تأمل : وأفتى في الإسماعيلية بأنه ليس للناظر معارضة المتولى إلا أن يثبت أن نظارته بشرط الواقف اه :

قلت : وفيه نظر ، إذ لو نصبه القاضي ناظرا على المتولى لثبوت خيانه لم يستقل المتولى بالتصرف كما مر

ليس للمتولى أن يستدين على الوقف للعبارة إلا بإذن القاضي .
مات المتولى والنجابة يدعون تسليم الغلة إليه في حياته ولا بينة لهم صدقوا بيمينهم لإنكارهم الضمان .
لا يجوز الرجوع عن الوقف إذا كان مسجلاً ، ولكن يجوز الرجوع عن الموقوف عليه لشروط كالمؤذن والإمام والمعلم وإن كانوا أصلاً جوهرة :

عن التهر ، بل مثله ما لو نصبه عليه للطعن في أمانته كما بحثناه آنفاً تأمل (قوله ليس للمتولى أن يستدين الخ) مكرر مع ما تقدم (قوله إذا كان مسجلاً) مبنى على قول الإمام إن الوقف لا يلزم قبل الحكم والتسجيل ، ومرة أن الملقى به قولهما :

مطلب لا يجوز الرجوع عن الشروط

(قوله وإن كانوا أصلاً) الذى رأيت في فتاوى مؤيد زاده إذا لم يكونوا أصلاً أوفى أمرهم تهانون فيجوز للواقف الرجوع عن هذا الشرط اهـ وهكذا نقله عنها في شرحه على الملقى ثم نقل عن الخلاصة : لا يجوز الرجوع عن الوقف إذا كان مسجلاً ، ولكن يجوز الرجوع عن الموقوف عليه وتغييره وإن كان مشروطاً كالمؤذن والإمام والمعلم إن لم يكونوا أصلاً أو تهانون في أمرهم ، فيجوز للواقف مخالفة الشرط اهـ :

قال ط : أقول وبالله تعالى التوفيق : إن ما ذكره من المؤذن والإمام إن لم يكونوا أصلاً ليس من الرجوع ، وإنما هو مخالفة للشرط لكونها أنفع للوقف بنصب غيرهم ممن يصلح ، فهو كما إذا شرط أن لا يزوج من الولاية فحان فإنه يزوج ولا يعتبر هذا الشرط ويؤى غيره ، وكما إذا شرط أن لا يزوج أكثر من نساة ولا رغبة فيها عيه فإنه يخالف ، وما كان يبقئ للشارح أن يفرده هذا بفرع مستقل لأنه يوم أنه يجوز له الرجوع في جميع الشروط وليس كذلك اهـ :

قلت : وقد أجاد فيها أفاد ، أعطاه مولاه غاية المراد : وحاصله أنه لو شرط الواقف أن يكون الإمام أو المؤذن أو المعلم شخصاً معيناً يصح الرجوع عنه لو كان متهاوناً في مباشرة وظيفته أو كان غيره أصلاً ، فهو في الحقيقة تغيير كما عبر به في الخلاصة : أى تغيير الشخص المعين بتغييره للمصلحة الراجعة إلى المسلمين ، فهو نظير ما قدمه المصنف من قوله الباني أولى بنصب الإمام والمؤذن في المختار إلا إذا عين القوم أصلاً ممن عينه ، وبه ظهر الجواب عما نقله الشارح عن الأشباه من قوله ولم أرحم عزله للمدرس وإمام ولاهما ، وهو أنه جائز للمصلحة إذا كانا مشروطين في أصل الوقف فبدونه بالأولى ، وقد ظهر أنه ليس المراد أنه يجوز للواقف الرجوع عن شروط الوقف كما فهمه الشارح ، حتى تكلف في شرحه على الملقى للجواب عما قدمه من الدرر قبل قول المصنف اتعد الواقف والنجابة من أنه ليس له إعطاء الغلة لغير من عينه لخروج الوقف عن ملكه بالتسجيل اهـ فإنه صريح في عدم صحة الرجوع عن الشروط ، ولا يخالفه ما في المؤيدية على ما علمت ، ويدل عليه قوله في البحر إن التولية خارجة عن حكم سائر الشروط لأن له فيها التغيير كلما بدا له ، وأما باقي الشروط فلا بد من ذكرها في أصل الوقف اهـ : وفي الإسماعيل : ولا يجوز له أن يفعل إلا ما شرط وقت العقد اهـ : وفيه : لو شرط في وقفه أن يزيد في وظيفة من يرى زيادته أو ينقص من وظيفة من يرى نقصانه أو يدخل معهم من يرى إدخاله أو يخرج من يرى إخراجهم جاز ، ثم إذا فعل ذلك ليس له أن يغيره لأن شرطه وقع على فعل براه ، فإذا رآه وأضاه فقد انتهى مآره اهـ . وفي فتاوى الشيخ قاسم : وما كان من شرط معتبر في الوقف فليس للواقف تغييره ولا تخصيصه به .

وق جواهر الفتاوى : شرطه لنفسه مادام حيا ، ثم لولده فلان ماعاش ، ثم بعده للأخف الأرشد من أولاده فالهاء تنصرف لابن لا للواقف لأن الكناية تنصرف لأقرب المكنيات بمقتضى الوضع وكذلك مسائل ثلاث : وقف على زيد وعمرو ونسله فالهاء لعمرو فقط ، ووقت على ولدى وولد ولدى الذكور فالذكور راجع لولد الولد فحسب ،

نقره ولاسيما بعد الحكم اه : فقد ثبت أن الرجوع عن الشروط لا يصح إلا التولية ما لم يشترط ذلك لنفسه فله تغيير الشروط مرة واحدة إلا أن ينص على أنه يفعل ذلك كلما بدا له وإلا إذا كانت المصلحة اقتضته ، فاغتم هذا التحرير (قوله فإنها (١)) أى الكناية كما يعلم مما بعده والمراد بها الضمير وتسمية الضمير كناية اصطلاح الكوفيين (قوله لأقرب المكنيات) أى لأقرب المذكورات التى يمكن أن يكون الضمير كناية عنها ،

مطلب فى أن الأصل عود الضمير إلى أقرب مذكور

(قوله بمقتضى الوضع) أى الأصل وهو عود الضمير إلى أقرب مذكور إليه :

قلت : وهذا الأصل عند الخلو عن القرائن :

مطلب فيما إذا قال على أولادى وأولاد أولادى الذكور

البيان فى الخبرية : سئل عن وقف على ولده حسن وعلى من يحدث له من الأولاد ثم على أولاده الذكور ثم على أولاده الإناث وأولادهم : ثم حدث للواقف ولد اسمه محمد ثم مات حسن المذكور فهل الضمير فى يحدث راجع إلى حسن لأنه أقرب مذكور أم إلى الواقف فيدخل محمد فأجاب مفتى الحنفية بمصر مولانا الشيخ حسن بشرى بأن راجع إلى الواقف ثم قال فى الخبرية إن هذا مما لا يشك ذو فهم فيه إذ هو الأقرب إلى غرض الواقف مع صلاحية اللفظ له :

مطلب إذا كان للفظ محتملان تعين أحدهما بفرض الواقف

وقد نقرر فى شروط الواقفين أنه إذا كان للفظ محتملان تعين أحدهما بالفرض ، وإذا أرجعنا الضمير إلى حسن لرم جرمان ولد الواقف لصلبه واستحقاق أولاد أولاد البنات وفيه غاية البعد ، ولا تمسك بكونه أقرب مذكور ، لما ذكرنا من المحذور ، وهذا لغاية ظهوره غنى عن الاستدلال اه (قوله وكذلك مسائل ثلاث) أى يعتبر فيها الأقرب وإن لم يكن هناك ضمير ، فإن الثانية والثالثة لا ضمير فيهما ط (قوله فالهاء لعمرو فقط) أى فلا يدخل نسل زيد زائد الإمام الخصاص : فإن قال على عبد الله وزيد وعمرو ونسأهما ، فالهاء لعبد الله وزيد وعمرو ونسل زيد وعمرو دون نسل عبد الله اه (قوله فالذكور راجع لولد الولد فحسب) أى فقط : أى للمضاف المعطوف دون المضاف إليه ودون المعطوف عليه ، فقوله على ولدى بنى شاملا للذكور والإناث مع صلبه ، وقوله وولد ولدى الذكور يختص بالذكور من أولاد الذكور والإناث : أى بالمضاف فقط لأنه أقرب مذكور : ولا يقال المضاف إليه أقرب مذكور . لأننا نقول الأصل عود الضمير على المضاف ، كما إذا قلت جاء غلام زيد وأكرمته : أى الغلام لأنه المحدث عنه والمضاف إليه ذكر معرفا للمضاف غير مقصود بالحكم ، ويحتمل أن يكون قوله فحسب احترازاً عن رجوعه للمضاف إليه فقط ، فلا يثنى رجوعه للمعطوف عليه أيضاً ، وهذا

(١) (قوله فإنها) (مكتدا بنحو) ولدى فتشاح فالهاء وهو الأرفق بما أتى لاسيما ولا مرجع فى الشارح للضمير فى قوله فإنها اه مصححه

وعكسه وقفت على بنى زيد وعمرو لم يدخل بنو عمرو لأنه أقرب إلى زيد فيصرف إليه هذا هو الصحيح :
قلت : وقدما أن الوصف بعد متعاطفين للأخير عندنا.

وإن كان بعيدا من فحوى العبارة لكنه هو الموافق لما هو عليه هلال بقوله قالت أرأيت إن قال على ولدى
وولد ولدى الذكور : قال : فهمي لمن كان ذكرا من ولده وولد ولده ، قال الذكور من ولد الذكور والبنات قال
نعم اه فقد جعله قيما للمعطوف والمعطوف عليه دون المضاف إليه ، ونشله في الإسعاف . ونهه : ولو دل على
ولدى وولد ولدى الإناث يكون الإناث من ولده دون ذكورهم والإناث من ولد الذكور والإناث وهن فهما
سواء اه وهو المتبادر من كلام المضاف أيضا ، لكن يأتي أن الوصف ينصرف إلى ما يليه عندما ، وهو مؤيد
للأحوال الأول في عبارة جواهر الفتاوى ، ومقتضى كلام الأشباه أنه قيد للمضاف إليه فقط ، وتم تحرير اللغة
في كتابنا تنقيح الحامدية فراجعها .

مطلب إذا تقدم القيد يكون لما قبل العاطف

(قوله وعكسه وقفت الخ) عكس مبتدأ والجملة بعده أريد بها نفيها خبر ، والمراد أنه عكس ما قد في
كون القيد فيه متقدما فيكون لما قبل العاطف ، بخلاف ما تقدم فإن القيد فيه متأخر فيكون لما بعد العاطف ،
فالضمير في قوله لأنه أقرب وفي قوله فيصرف عائدا للقيد وهو انظر بقى للعمرو كما وهم ، ومقتضى كلامه أن
الوصف يعود إلى ما يليه سواء تأخر أو تقدم ، فإذا قال على فقراء أولادى وجبراني ينصرف إلى الأول فقط ،
وكذا لو قال على ذكور أولادى وأولادهم فيدخل فيه الإناث من أولاد الذكور ، بؤيده أن الأصل لمعطوف على
المضاف ، ولم أر مالا توسط الوصف مثل على أولادى الذكور وأولاد أولادى ، والظاهر انصرافه إلى الأول فقط ،
فيخص الذكور لصلبه ويعم الذكور والإناث من أولاد أولاده الذكور والإناث ، نعم لو قال وأولادهم يعم
الذكور والإناث من أولاد الذكور يعود الضمير إليهم . وفي الإسعاف : لو قال على الذكور من ولدى
أولادهم فهمي للذكور من ولده لصلبه ولولد الذكور : إناثا كانوا أو ذكورا دون بنات الصب . فلا معنى
البنات الصلبية وتعطى بنت أختها . ولو قال على ذكور ولدى وذكور ولد ولدى يكون للذكور من ولده أصابه
وللذكور من ولد ولده ، ويكون الذكور من ولد البنين والبنات فيه سواء ولا يدخل أنثى من ولده ولولد ولده
ولو قال على ولدى وعلى أولاد الذكور من ولدى يكون على ولده لصلبه الذكور والإناث وعلى الذكور
والإناث من ولد الذكور مع ولده ولا يدخل بنات الصاب (١) اه (قوله هذا هو الصحيح) راجع لأصل
المسألة ، ومقابلته القول بأن الكتابة تنصرف للوقف لا لأنه كما أماده كلام المنع قبل هذا الفصل ، والظاهر أن
الخلافا في باقي المسائل كذلك .

مطلب الوصف بعد جمل يرجع إلى الأخير عندنا

(قوله قلت وقدما) أى في هذا الفصل حيث قال : الوصف بعد الجملة يرجع إلى الأخير عندنا منح ، وإن
قريبا ، وهذا تأييد لقوله فالذكور راجع لولد الولد فصحب : لكن علمت غنائمه لكلام هلال والإسعاف (قوله عندنا)

(١) (قوله ولا يدخل بنات الصاب) أى لا يدخلن في الوالد : أى لا يستحق أولادهن في هذا الوقت شيئا ، وإيس المراد من
دخولن أنفسهن في الوقت حتى يثنى لضمير في الولد الأول كما توهم اه .

وفي الزيلعي : من باب المحرمات : وقولهم ينصرف الشرط إليهما وهو الأصل قلنا ذلك في الشرط المصر به والاستثناء بمشيئة الله تعالى . وأما في الصفة المذكورة في آخر الكلام فتصرف إلى ما يابيه ، نحو جاء زيد وعمرو العالم إلى آخره فليحفظ وفي المنظومة المحببة قال :

والوصف بعد جمل إذا أي يرجع للجميع فيما ثبتا
عند الإمام الشافعي فيما إن كان ذا العطف يواو إما

وعند الشافعي للجميع إن لم يعطف بهم كما مر ويأتي (قواه من باب المحرمات) أي في كتاب النكاح (قوله وهو الأصل) أي انصراف الشرط إلى المتعاطفين عندنا وعند الشافعية (قوله في الشرط المصرح به) مثل قلانة طالق وقلانة إن دخلت الدار فيكون دخول الدار شرطا لطلاقهما لا للمعطوف فقط اه ط (قوله والاستثناء بمشيئة الله تعالى) لأنه شرط حقيقة وإن سبى استثناء عرفا ، واحترز به عن الاستثناء بالإلا . ففي التوبيخ : إذا ورد الاستثناء عقيب جمل معطوف بعضها على بعض بالواو فلا خلاف في جواز رده إلى الجميع والأخير خاصة ، وإنما الخلاف في الظهور عند الإطلاق . فذهب الشافعي أنه ظاهر في العود إلى الجميع . وذهب بعضهم إلى التوقف وبعضهم إلى التفصيل : ومذهب أبي حنيفة أنه ظاهر في العود إلى الأخيرة اه والمراد بالتفصيل هو أنه إن استقلت الثانية عن الأولى بالإضراب عنها فلا الأخيرة وإلا للجميع . واحترز بالجمل عن الاستثناء عقيب مفردات فإنه للكل اتفاقا كما في شرح التحرير مثال الأول : وقفت داري على أولادي ووقفت بستانى على إخوتي إلا إذا خرجوا ، ومثال الثاني : وقفت داري على أولادي وأولادهم إلا إذا خرجوا (قوله تنصرف إلى ما يليه) أي إلى ما يلي العاطف وهو المعطوف المتأخر وهو الأوجه من صرفها للجميع كما في تحرير ابن الممام (قوله نحو جاء زيد وعمرو العالم) لا يخفى أن الوصف هنا لا يمكن صرفه للجميع وإن أسكن للأول ، لكنه غير محل الخلاف ، فالمناسب تمثيل ابن الممام بقوله كتبم وقرش الطوال فعلوا ، فإن الطوال جمع طويل يمكن صرفه للمعاطفين وللأخير فقط ، والثاني ملهنا وهو الأوجه كما علمت ، والأول مذهب الشافعي : قال في جمع الجوامع وشرحه : الصفة كالاستثناء في العود إلى كل المتعدد على الأصح ولو تقدمت ، نحو : وقفت على أولادي وأولادهم المحتاجين ووقفت على محتاجي أولادي وأولادهم ، فيعود الوصف في الأول إلى الأولاد مع أولادهم : وفي الثاني إلى أولاد الأولاد مع الأولاد ، وقبل لا : أما المتوسطة نحو : وقفت على أولادي المحتاجين وأولادهم فاخترنا اختصاصها بما وليته ، ويحتمل أن يقال تعود إلى ما وليها أيضا اه .

مطلب الشرط والاستثناء يرجع إلى الكل اتفاقا لا الوصف فإنه للأخير عندنا .

[تنبيه] حاصل ما مر أن كلامنا من الشرط والاستثناء والوصف يعود إلى المتعاطفين جميعا عند الشافعي ، وكذا عندنا إلا الوصف في الأخير فقط ، لكن علمت غافقته لما قدمناه من هلال وغيره .

مطلب على أن من مات عن ولد من قبيل الشرط

وقد سئل المصنف عن وقف على أولاده وعدمه على الفريضة الشرعية ، وليس للإناث حق إلا إذا كن حازبات ثم على أولاد الموقوف عليهم ، ثم على أولادهم وتسلمهم على أن من مات منهم من ولد تنصيبه لولده فهل هذا الشرط واجب لكل أو الجملة الثانية المعطوفة بهم وما بعدها لعل الفصل بين الأولى والثانية وهو قوله ليس للإناث - في الخ

إن كان ذا عطفاً بتم وقعا	إلى الأخير باتفاق رجعا
ولو على البنين وقفا يجعل	فلان في ذاك البنات تدخل
وولد الابن كذلك البنت	يدخل في ذرية ببيت
لو وقف الوقف على الذرية	من غير ترتيب فبالسوية
يقسم بين من علا والأسفل	من غير تفضيل لبعض فالنقل
وتنقص القسمة في كل سنة	ويقسم الباقي على من عينه
ولو على أولاده ثم على	أولاد أولاد له قد جملا
وقفا قالوا ليس في ذا يدخل	أولاد بنته على ما ينقل
بني أولادى كذا أقاربى	وأخوتى ولفظ آبائى أحسب

اجاب : صرح أصحابنا بأن قوله على أن كذا من قبيل الشرط لما فيها من معنى الزوم، ووجود الجزاء يلزمه وجود الشرط كما قال تعالى - يبايعنك على أن لا يشركن - أى بشرط أن لا يشركن وبأن الشرط إذا تعقب جملا يرجع إلى الكل، بخلاف الصفة والاستثناء فإلى الأخير عندنا، ولم يفرق أصحابنا بين العطف بالواو والعطف بتم، وعلى هذا فيعود نصيب من مات عن ولد لولده عملا بالشرط المذكور وهو الموافى لغرض الواقفين اه ملخصا . ونظيره أن طول الفصل المذكور لا يضر أيضا (قوله إن كان ذا العطف بواو) قال العراقي في فتاواه : وقد أطلق أصحابنا في الأصول والفروع العطف ولم يقيده بأداة ، ومن حكي الإطلاق إمام الحرمين والغزالي والشيخان وراى بعضهم على ذلك فجعل ثم كالواو كالمحل حكاية عنه الرافعى ، ومثل إمام الحرمين المسألة بتم ثم قيدها بطريق البحث بما إذا كان ذلك بالواو ، وتماه فيه حموى (قوله إلى الأخير) معناه يرجعا الذى هو جواب أما .

مطلب في تحرير الكلام على دخول أولاد البنات

(قوله ولو على البنين وقفا يجعل الخ) يعنى لو قال على بنى وله بنون وبنات يدخل فيه البنات ، لأن البنات إذا جمن مع البنين ذكروا بلفظ التذكير ولوله بنات فقط ، أو قال على بناتى وله بنون لاغير فالغلة للمساكين ولا شئ لهم ، وتماه في الإسعاف ، وهذا البيت يغنى عنه البيتان الأخيران (قوله وولد الابن كذلك البنت) أى كذلك ولد البنت فجعل المضاف وأبقى المضاف إليه على جره اه ح أى لو وقف على ذريته يدخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات (قوله لو وقف الوقف على الذرية) أى لو قال على ذرية زيد أو قال على نسله أبدا ماتناسلوا يدخل فيه ولده وولد وولده، وولد البنين وولد البنات في ذلك سواء خصاف (قوله من غير ترتيب الخ) أى إن لم يرتب بين البطون تقسم الغلة يوم نجي على عدهم من الرجال والنساء والصبيان من ولده لصلبه والأسفل درجة بالسوية بلا تفضيل ، ثم كالمات أحد منهم سقط سهمه ، وتنقص القسمة وتقسم بين من يكون موجودا يوم تأتى الغلة ، أما لو رتب ، بأن قال يقدم البطون الأهل على الذين يلونهم ثم الذين يلونهم بطن بعد بطن اعتبر شرطه ، وتماه في الخصاف (قوله ولو على أولاده الخ) اعلم أنهم ذكروا أن ظاهر الرواية المفتى به عدم دخول أولاد البنات في الأولاد مطلقا ، أى سواء قال على أولادى بلفظ الجمع أو بلفظ اسم الجنس كولدى ، وسواء اقتصر على البطون الأول كما مثلنا أو ذكر البطن الثانى مضافا إلى البطن الأول المضاف إلى ضمير الواقف كأولادى وأولاد أولادى . أو العائد على الأولاد كأولادى وأولادهم على ماى أكثر الكتب . وقال انخصاف : يدخلون في جميع ما ذكر . وقال على

الرازی : إن ذكر البطن الثاني بلفظ اسم الجنس المضاف إلى ضمير الواقع كولد وولد ولدى لا يدخلون ، وإن بلفظ الجمع المضاف إلى ضمير الأولاد كأولادى وأولاد أولادهم دخلوا : وقال شمس الأئمة السرخسى : لا يدخلون في البطن الأول رواية واحدة ، وإنما الخلاف في البطن الثاني : وظاهر الرواية الدخول ، لأن ولد الولد اسم لمن ولده ولده وابنته ولده ، فمن ولدته بنته يكن ولده حقيقة ، بخلاف ما إذا قال على ولدى فإن ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية لأن اسم الولد يتناول ولده لصلبه ، وإنما يتناول ولد الابن لأنه يقسب إليه عرفاً ، وهو اختيار لقول هلال ، وصححه في الخاتمة مستنداً لكلام محمد في السير الكبير : وفي الإسعاف أنه الصحيح ، وجزم به قاضى القضاة نور الدين الطرابلسى وتلميذه الشافعى وابن الشحنة وابن نجيم والحاوون وغيرهم من المتأخرين ، وكذا الخبير الرملى في موضع من فتاواه ، وحالف في موضع آخر ، وتمام تحرير ذلك وترجيح ما جئنا إليه المتأخرون في كتابي تنقيح الحامدية ، وقد مرنا في الجهاد بعض ذلك :

ثم رأيت في فتاوى الكازرون جواباً مطولاً للعلامة الشيخ على المقدسى ، ملخصه أن المحقق ابن المهام قال في الفتح ولو ضم إلى الولد ولد بولد فقال على ولدى وولد ولدى اشترك الصليبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته ، كذا اختاره هلال . الخصاص ، وبصححه في الخاتمة ، وأنكر الخصاص رواية حرمان أولاد البنات وقال لم أجده من يقول برواية ذلك عن أصحابنا ، وإنما روى عن أبي حنيفة يمين أوصى بثلاث ماله لولد زيد فإن وجد له ولد ذكور وإناث لصلبه يوم موت الموصى كان بينهم ، وإن لم يكن له ولد لصلبه بل ولد ولد من أولاد الذكور والإناث كان لأولاد المذكورين أولاد الإناث ، فكأنهم قاسوه على ذلك . وفرق شمس الأئمة بينهما بالفرق المشهور المذكور في الخاتمة وعبره أى ما قد مر عنه ، فهذا ابن المهام المعروف بالتحقيق عند الخاص والعام قد اعتمد على هؤلاء الأئمة العظام أئمة هلال ، فإنه تلميذ أبي يوسف : وأما الخصاص فقد شهد له بالفضل شمس الأئمة الحاوون فقال : إن الخصاص إمام كبير في العلوم بصح الإفتاء به ، وقد اقتدى به أئمة الشافعية . وأما قاضيان وشمس الأئمة فإلى الطبقات يغنى عن التطويل ، وإذا كان مثل الإمام الخصاص لم يجد من يقوم برواية حرمان أولاد البنات في صورة ولدى وولد ولدى يعلم أن الصورة التي بلفظ الجمع ليس فيها اختلاف رواية قطعا بل دخول أولاد البنات فيها رواية واحدة . فعرف هذا قال شيخ مشايخنا السرى ابن الشحنة : ينبغي أن تصحح رواية الدخول قطعاً لأن فيها نص محمد عن أصحابنا ، والمراد بهم أبو حنيفة وأبو يوسف ، وقد انضم إلى ذلك أن الناس في هذا الزمان لا يفهمون سوى ذلك ولا يقصدون غيره ، وعليه عملهم وعرفهم مع كونه حقيقة اللفظ . وقد وقع لشيخ مشايخنا الصدر الأجل المولى ابن كمال باشا مثل ما وقع من ابن المهام من الاعتداد على هؤلاء الأئمة العظام :

قال : ويقطع فرق شبهة الاختلاف في صورة أولادى وأولادى ما نقله في الخيرة عن شمس الأئمة السرخسى أن أولاد البنات يدخلون رواية واحدة ، وإنما الروايتان فيما إذا قال أتوى على أولادى اهـ وبهذا البيان اتضح أن ما وقع في بعض الكتب كالجنيس والواقعات والمحيط الرضوى مع ذكر الخلاف في العبارة المذكورة من قبل نقل الخلاف في إحدى صورتين قياساً على الأخرى مع قيام الفرق بينهما ، وما ذكره في التعليل مع أن ولد البنات ينسب لأبيه لا يساعدهم ، لأنه إن أريد أن الولد لا ينسب إلى الأم لغة وشرعاً فلا وجه له ، إذ لا شبهة في صحة قول الواقف وقتت على أولاد بناتى ، وإن أريد لا ينسب إليها عرفاً فلا يجدى لعمري في عدم دخول ولد البنت في الصورة المذكورة لما عرف أن دخوله فيها بحكم العبارة لا بحكم العرف ، والدخول بحكم العرف إنما هو في صورة الوجه الأول ومما ولدى

يشارك الإناث والذكور فيه وذلك واضح مسطور

ومما يكثر وقوعه ما لو وقف على ذريته مرتبا وجعل من شرطه أن من مات قبل استحقاقه وله ولد قام مقامه لو بقي حيا فهل له حظ أبيه لو كان حيا ويشارك الطبقة الأولى أولا ؟

وأولادى ، والتعليل المذكور ينطلق عليها . وقد ذكر شيخ الإسلام ابن الشحنة أن العرف موافق للحقيقة اللغوية فيجب المصير إليه والتعويل عليه اهـ . وقد أجاب العلامة الحانوتى بمثل ما قاله المقدسى (قوله بشارك الإناث والذكور) أى عند الاجتماع تغليباً للمذكر على المؤنث .

مطلب في مسألة السبكي الواقعة في الأشباه في نقض القسمة والدرجة الجمالية

(قوله ومما يكثر وقوعه الخ) اعلم أن هذه المسألة وقع فيها اختلاف واشتباه ولا سيما على صاحب الأشباه - ولما رأيت الأمر كذلك جمعت فيها حين وصولي إلى هذا المحل رسالة سديتها [الأقوال الواضحة الجلية في مسألة نقض القسمة ومسألة الدرجة الجمالية] وكنت ذكرت شيئا من ذلك في كتاب تنقيح الحامدية وأوضحت فيه لمساكين من تفرقة العين ، فن أراد الوقوف على حقيقة الأمر فليرجع إلى هذين التأليفين : فإن ذلك يستدعى كلاهما طويلا ، ولما خلاص ذلك باختصار .

وذلك أنه إذا وقف على أولاده ثم على أولادهم وهكذا مرتبا بين البطون وشرط أن من مات عن ولد فنصيبه لولده أو عن غير ولد فنصيبه لمن في درجته ومن مات قبل استحقاقه لشيء وله ولد قام ولده مقامه واستحق ما كان يستحق لو بقي حيا فأت الواقف أو غيره عن عشرة أولاد مثلا ثم مات أحدهم عن ولد يعطى سهمه أولده مثلا بالشرط ، فلو مات بعده آخر عن ولد وعن ولد مات والده في حياة أبيه فهل يعطى هذا الولد مع سهم حصته جده لأن الواقف جعل درجته درجة أبيه وهي درجة الجعلية . فيشارك أهل الطبقة الأولى وهي درجة عمره وأبيه اهـ شيئا (١) فبني السبكي بدم المشاركة ، وخص العلم بحصة أبيه بناء على أن المتوفى في حياة ولده لا يسمى مورا وسماه ولا من أهل الوقف ، وإنما يعمل بشرطه الأول ، وهو كل من مات عن ولد فنصيبه لولده ، فكمات واحد من العشرة يعطى سهمه لولده دون ولد ولده الذي مات قبل الاستحقاق إلى أن يموت العاشر من الطبقة العليا ، فإذا مات هذا العاشر عن ولد لا يعطى نصيبه لولده بل نقض القسمة ويقسم على البطن الثاني قسمة مستأنفة ، ويطلب قول الواقف من مات عن ولد فنصيبه لولده ، ويرجع إلى العمل بقرينه ثم على أولادهم حيث رتب بين الطبقات وبعد ذلك فكل من مات من البطن الثاني عن ولده فنصيبه لولده ، وهكذا إلى أن يموت آخر هذه الطبقة الثانية فيطلب القسمة وتستأنف قسمة أخرى على الطبقة الثالثة وهكذا إلى آخر الطبقات كما نص عليه الخصاص وغيره ، لكن السبكي قسم على الموتى من كل طبقة عند استئناف القسمة وأعطى حصص كل ميت لأولاده : وأما الخصاص فنقسم على عدة أهل الطبقة التي تستأنف القسمة عليها ولم ينظر إلى أصولهم ، فهذا خلاصة ما قاله السبكي ، وخالفه الجلال السيوطي فاختر أن ولد من مات قبل الاستحقاق يقوم مقام ولده عملا بالشرط ويستحق من جده مع أعمامه وأنه إذا مات أحد من أعمامه عن غير ولد استحق معهم أيضا ، لأن عدم كونه من أهل الوقف ممنوع ، بل صريح

(١) (قوله أو لا يعطى له شيئا) هكذا خطه ، ولعل الألف حذف كلمة له ، المهم إلا أن يعمل الجار والمجرور نائب فاعل يعطى

كل قلة لوجود القول به ؛ أو يقرأ اللهم بالياء للفاعل تكلل اهـ بمصححه .

١ ٢ ٣ ٤ ٥ ٦ ٧ ٨ ٩ ١٠ ١١ ١٢ ١٣ ١٤ ١٥ ١٦ ١٧ ١٨ ١٩ ٢٠ ٢١ ٢٢ ٢٣ ٢٤ ٢٥ ٢٦ ٢٧ ٢٨ ٢٩ ٣٠ ٣١ ٣٢ ٣٣ ٣٤ ٣٥ ٣٦ ٣٧ ٣٨ ٣٩ ٤٠ ٤١ ٤٢ ٤٣ ٤٤ ٤٥ ٤٦ ٤٧ ٤٨ ٤٩ ٥٠ ٥١ ٥٢ ٥٣ ٥٤ ٥٥ ٥٦ ٥٧ ٥٨ ٥٩ ٦٠ ٦١ ٦٢ ٦٣ ٦٤ ٦٥ ٦٦ ٦٧ ٦٨ ٦٩ ٧٠ ٧١ ٧٢ ٧٣ ٧٤ ٧٥ ٧٦ ٧٧ ٧٨ ٧٩ ٨٠ ٨١ ٨٢ ٨٣ ٨٤ ٨٥ ٨٦ ٨٧ ٨٨ ٨٩ ٩٠ ٩١ ٩٢ ٩٣ ٩٤ ٩٥ ٩٦ ٩٧ ٩٨ ٩٩ ١٠٠

قول الواقف ومن مات من أهل الوقف قبل استحقاقه أنه منهم ؛ فأهل الوقف يشمل المستحق ومن كان بصدد الاستحقاق ، وأنه إذا مات آخر من في الطبقة عن ولد يعطى سهمه لولده (١) .

وحاصله أنه خالفه في شيئين : أحدهما أن أولاد المتوفى في حياة والده لا يخرجون مع بقائه الطبقة الأولى ، بل يستحقون معهم عملا باشتراط الدرجة الجعلية . ثانيهما أنه إذا انقرضت الطبقة لانقضاء القسمة كما هو صريح إعطائه سهم آخر من مات من الطبقة لولده ، فقوله في الأشباه أنه وافق السبكي على نقض القسمة غير صحيح :

ثم إن صاحب الأشباه قال : إن مخالفته للسبكي في أولاد المتوفى في حياة أبيه واجبة . وأما نقض القسمة بعد انقراض كل بطن فقد أفق به بعض علماء العصر وهزوه للخصاف ولم ينتبهوا للفرق بين صورتي الخصاف والسبكي . فإن صورة السبكي ذكر فيها العطف بكلمة ثم بين الطبقات ، وبصورة الخصاف قال فيها وقف على ولده وولد ولده ونسلهم مرتبا : أي قائلا على أن يبدأ بالبطن الأعلى ثم بالذين يلونهم ثم بالذين يلونهم بطن بعد بطن ، وسائر مسألة الخصاف اقتضى اشتراك البطن الأعلى مع الأسفل ، وقوله على أن يبدأ بالبطن الأعلى لإخراج بعد الدخول ، وصدر مسألة السبكي اقتضى عدم الاشتراك للعطف بـ ثم لا بالواو فنقض القسمة خاص بمسألة الخصاف دون مسألة السبكي فكيف يصح أن يستدل بكلام الخصاف على مسألة السبكي . وحاصله أنه إن عبر بالواو بين الطبقات مرتبا بعده ، بأن يبدأ بالبطن الأعلى تنقض القسمة عند انقراض كل بطن كما قاله الخصاف وإن عبر بـ ثم لا يصح القول بنقض القسمة خلافا للسبكي ، بل كلما مات أحد عن ولد يعطى سهمه لولده في جميع البطون . هذا خلاصة ما قاله في الأشباه . وقد رد عليه جميع من جاء بعده ، حتى إن العلامة المقدسي ألف في الرد عليه رسالة مستقلة ذكرها الشرنبلالي في مجموع رسائله ، وحقق فيها عدم الفرق في نقض القسمة بين العطف بـ ثم والعطف بالواو المتفرقة بما يفيد الترتيب . وقال : قد أفق بذلك جماعة من أفاضل الحنفية والشافعية : منهم السري عبد البر بن الشحنة الحنفي ونور الدين المحلى الشافعي ، وبرهان الدين الطرابلسي الحنفي ، ونور الدين الطرابلسي الحنفي ، وشهاب الدين الرملي الشافعي ، والبرهان بن أبي شريف الشافعي ، وعلاء الدين الإخيمسي وغيرهم :

قلت : وأفق بذلك أيضا العلامة ابن الشاق في سؤال مرتب بـ ثم ، وقال الصواب نقض القسمة كما اقتضاه صريح كلام الخصاف ، ولا أعلم أحدا من مشايخنا خالفه في ذلك ، بل وافقه جماعة من الشافعية وغيرهم اه : وقد أبدى العلامة ابن حجر في فتاواه القول بنقض القسمة على نحو ما مر من الخصاف ، ونقل مثله عن الإمام البلقيني وغيره في صورة الترتيب بـ ثم ، فقد تحرر بهذا أن الصواب القول بنقض القسمة بـ ثم لا فرق بين العطف بـ ثم أو بالواو المتفرقة بما يفيد الترتيب ، وأن اشتراط الدرجة الجعلية معتبر ، لكن الذي عليه جمهور العلماء قيام من مات في حياة والده قيام والده في الاستحقاق من سهم جده . وأما دخوله في الاستحقاق من سهم ونحوه فهو في درجة أبيه المتوفى قبل الاستحقاق ، فقد وقع فيه معترك عظم بين العلماء ، فنهى من قال بدخوله في الموضوعين ، وهو اختيار السيوطي كما مر ، ووافقه جماعة كثيرون ، واعتمد الشرنبلالي ، وألف فيه رسالة تبع فيها العلامة

(١) (قوله يعطى سهمه لولده) ولا تنقض القسمة إذا لافائدة في نقضها ، لأن السبكي إنما نقضها لأجل إدخال ولد من مات والده قبل الاستحقاق ، والسيوطي أدخله في درجة أبيه . فلو قال بنقض القسمة لكان هناك فائدة لأن إذا نقض بنقض السبكي - يعني أنه يتم أولا حل الأصول الأموات ، ويعطى نصيب كل منهم لولده وبه من مات قبل الاستحقاق مع الأصول المقصور عليهم - يعطى نصيبه لولده الذي من درجة أبيه فالله اعلم بقسمة إنما هو إحصاء من كان حروما ولا يحرم في رأى السيوطي ، فلا داعي لنقض ، لأن الظاهر اتفاقها على معنى القسمة لأتباعها اه .

أقنى السبکی بالمشاركة وخالفه السيوطی ، وهذه المخالفة واجبة كما أفاده ابن نجیم فی الأشباه من القاعدة التاسعة ، لكنه ذكر بعد ورقتين أن بعضهم يعبر بين الطبقات بثم وبعضهم بالواو ، فبالواو يشارك ، بخلاف ثم فراجعه متأملا مع شرح الرهبانية فإنه نقل عن السبکی واقعتين أخريين يحتاج إليهما ، ولم يزل العلماء متحيرين في فهم شروط الواقفين إلا من رحم الله . ولقد أفتيت فيمن وقف على أولاد الظهور دون الإناث فانت مستحقة عن ودين أبوها من أولاد الظهور بأنه ينتقل نصيبها لها لصدق كونهما من أولاد الظهور باعتبار أبيهما كما يعلم من الإسعاف وغيره . وفي الإسعاف والتتارخانية : لو وقف على عقبه يكون لولده وولد ولده أبدا ما تناسلوا من أولاد الذكور دون الإناث إلا أن يكون أزواجهن من ولد ولده الذكور كل مع يرجع نسبه إلى الواقف بالأباء فهو من عقبه ، وكل من كان أبوه من غير الذكور مع ولد الواقف فليس من عقبه انتهى ، وسيجيء في الوصايا أنه لو أوصى لأه أو جنسه دخل كل من ينسب إليه من قبل آبائه ، ولا يدخل أولاد البنات وأما لو أوصت إلى أهل بيتها أو جنسها لا يدخل ولدها إلا أن يكون أبوه من قومها ، لأن الولد إنما ينسب لأبيه لا لأمه . قلت : وبه علم جواب حادثة لو وقف على أولاد الظهور دون أولاد البطون فانت مستحقة عن ولدين أبوها من أولاد الطهور هل ينتقل نصيبها لها ، فأجبت : نعم ينتقل نصيبها لها لصدق كونهما من أولاد الطهور باعتبار والدهما المذكور ، والله أعلم .

فصل فيما يتعلق بوقف الأولاد من الدرر وغيرها

وعبارة المواهب في الوقف على نفسه وولده ونسبه وعقبه

المقدس ، وأقنى جماعة كثيرون من أئمة المذاهب الأربعة بعدم دخوله في الثاني ، وهو الذي حققته في الرسالة ، وفي تنقيح الحامدية والله سبحانه أعلم ، فاعتنم توضيح هذا الحل ، واشكر ، ولا عز وجل (قوله أقنى السبکی بالمشاركة وخالفه السيوطی) العبارة مقاومة كما ظهر لك مما قررناه ، فإن السبکی أقنى بعدم المشاركة وببعض القسمة والسيوطی خالفه في الأمرين لاقى أحدهما خلافا للأشباه (قوله وهذه المخالفة واجبة) أي يجب القول بمشاركته لأهل درجة أبيه على التفصيل الذي قلناه أو مطلقا (قوله فبالواو) أي المقترنة بما يفيد الترتيب بين الطبقات ، وقوله يشارك صوابه تنقض القسمة (قوله بخلاف ثم) فإن القسمة لا تنقض فيها بانقراض كل طبقة ، وقد علمت أن الصواب نقض القسمة في الموضعين (قوله ولقد أفتيت الخ) أقنى بمثله الخاتوني (قوله بأنه ينتقل نصيبها لها) أي إذا وجد في كلام الواقف ما يدل على انتقال نصيب الميت لولده (قوله وفي الإسعاف الخ) هذا كله إلى الفصل ساقط من بعض النسخ ، وبدل على أنه لم يوجد في أصل النسخة ، فبه من التكرار بإعادة الحادثة التي أقنى بها (قوله إلا أن يكون أزواجهن من ولد ولده) استثناء من قوله دون الإناث ، وهذا دليل ما أقنى به ، وهو مراده من قوله كما يعلم من الإسعاف ، وهذا يؤيد سقوط هذه الجملة من أصل النسخة (قوله كل من يرجع الخ) توضيح لما قبله ط ، وسيدكر في الفصل الآتي تفسير العقب والنسل والآل والجنس ، ويأتي الكلام عليه ، والله سبحانه أعلم .

فصل فيما يتعلق في وقف الأولاد

ما قدمه عن جواهر الفتاوى وما بعده إلى هنا من تعلقات هذا الفصل فكان المناسب ذكره فيه (قوله وعبارة المواهب) أي مواهب الرحمن للعلامة برهان الدين إبراهيم الطرابلسي صاحب الإسعاف (قوله في الوقف على نفسه)

جعل ربيعة لنفسه أيام حياته ثم وثم جاز عند الثاني وبه يفتي ، كجعله لولده ، ولكن يختص بالصباي ويعم الأئني
مالم يقيد بالذكر ويستقل به الواحد ، فإن انتفى الصباي فللفقراء دون ولد الأول إلا أن لا يكون حين الوقف صباي ،
ويختص بولد الابن ولو أني دون من دونه من البطون ودون ولد البنت في الصحيح ، ولو زاد وولد ولدى فقط
اقتصر عليها ، ولو زاد البطن الثالث عم نسله ، ويستوى الأقرب والأبعد

أى فصل الوقف على نفسه ، وظاهره أن جميع ماذكره عبارة للمواهب ، وليس كذلك لأن أكثر ماذكره هنا
لم يذكر في المواهب (قوله جعل ربيعة لنفسه الخ) تقدم في قول المتن وجاز جعل غلة الوقف لنفسه عند الثاني (قوله
ثم وثم) حكاية لما يذكره الواقف من العطف بهم في وقفه كقوله ثم بعدى على أولادى ثم على أولادهم ، وهذا
لما دخل له في قبل الخلاف ، لأن الخلاف في جملة الربيع لنفسه لا لأولاده ونحوهم ، نعم من جعل الوقف على
نفسه أو على غيره (قوله كجعله لولده) متعلق بقوله جاز لكن لا يقيد بكونه عند الثاني كما علمت
منه ولكن يختص بالصباي) أى بالبطن الأول إن وجد ، فلا يدخل فيه غيره من البطون ، لأن لفظ ولدى مفرد
معنى : بخلاف أولادى بلفظ الجمع على ما يأتي (قوله ويعم الأئني) أى كالدكر ، لأن اسم الولد مأخوذ
من ولد وهو موجود فيهما درر وإسعاف (قوله مالم يقيد بالذكر) في بعض النسخ بالذكر وهو كذلك في
الدرر وإسعاف ، أى بأن كان له أولاد حين الوقف فأتوا إلا واحدا أو لم يكن له إلا واحد فإن ذلك
لا يوجب جع غلة الوقف ، لأن لفظ ولدى مفرد مضاف فيعم ، بخلاف الوقف على بنته فإن الواحد يستحق نصفها
وصف الآخر للفقراء ، لأن أقل الجمع اثنان كما في الإسعاف ، وقد مر في الفروع (قوله فإن انتفى الصباي) أى
بأن الأول الصباي به (قوله دون ولد الولد) لاقتصاره على البطن الأول ، ولا استحقاق بدون شرط إسعاف ،
والصواب أن لا يقتصر على ذلك ، وهذا يسمى منقطع الوسط كما قدمناه (قوله فيختص بولد
الابن) لا يشترط في الغلة من دونه من البطون ويكون ولد الابن عند عدم الصباي بمنزلة الصباي درر أى لأنه ينسب
إلى الخصاف ، فإن لم يكن له ولد لصباي ولا ولد ولد وكان له ولد وولد ، فالغلة له ولمن كان أسفل من
نحوه ، والدرر بينه وبين الصباي حيث لم يدخل مع الصباي من هو أسفل أنه لما نزل إلى ثلاثة أبطن فقد صاروا
مثل الفخذ والقبيلة كما أو قال لولد العباس بن عبد المطلب فهو لمن ينسب إلى العباس أو ما خصا (قوله ولو أني)
لأن لفظ الولد يعمها كما قدمه آتفا (قوله في الصحيح) وهو ظاهر الرواية ، وبه أخذ هلال ، لأن أولاد البنات
ينسبون إلى آباءهم لا آباء أمهاتهم ، بخلاف ولد الابن درر ، وقوله بخلاف ولد الابن أى فإنه يدخل فيه ولد البنت
وقد مر تحريره (قوله ولو زاد ولد ولدى فقط) أى مقتصر على البطن الأول والثاني (قوله اقتصر عليها) أى
على البطون . قال في الدرر : يشتركون في الغلة ، ولا يقدم الصباي على ولد الابن لأنه سوى بينهما أى حيث لم
يذكر ما يدل على الترتيب ، بخلاف ما إذا رتب كما يأتي ثم قال في الدرر : ثم إذا انقرض الأولاد وأولادهم في
الصورتين المذكورتين أى ضرورة الاقتصار على البطن الأول وصورة زيادة الثاني صرحت الغلة إلى الفقراء لا لانتفاع
الموقوف عليها أى لأنه في صورتين لا يدخل البطن الثالث حيث لم يذكر الولد بلفظ الجمع (قوله ولو زاد البطن
الثالث) بأن قال على ولدى وولد ولدى وولد ولدى درر (قوله عم نسله) أى صرف إلى أولاده ما تناسلوا
للفقراء ما بقي واحد من أولاده وإن سفل درر (قوله ويستوى الأقرب والأبعد) أى يشتركون جميع البطون في الغلة
لعدم ما يدل على الترتيب ، وعلة الخصاف بأنه لما سمي ثلاثة أبطن صاروا بمنزلة الفخذ ويكون الغلة لهم ما تناسلوا
وال : ألا ترى أنه لو قال على ولد زيد وزيد قد مات وبيننا وبينه ثلاثة أبطن أو أكثر أن هؤلاء بمنزلة الفخذ

إلا أن يذكر ما يدل على الترتيب ، كما لو قال ابتداء على أولادى بلفظ الجمع أو على ولدى وأولاد أولادى ؛ ولو قال على أولادى ولكن سماهم فانت أحدهم

والغلة لم يكن من ولد زيد وولد ولده ونسلهم أبداً (قوله إلا أن يذكر ما يدل على الترتيب) بأن يقول : الأقرب فالأقرب ، أو يقول على ولدى ثم على ولد ولدى ، أو يقول بطننا بعد بطن فحيثما يبدأ بما بدأ به أو أوقف دور (قوله كما لو قال الخ) مرتبط بقوله هم نسله . وعبارة الدور كذا أى صرف إلى أولاده ما تناسلوا لا الفقراء إذا قال على ولدى وأولاد أولادى ، أو قال ابتداء على أولادى يستوى فيه الأقرب والأبعد إلا أن يذكر ما يدل على الترتيب كما مر . قال محشي عزمي زاده : قوله أو قال ابتداء الخ هذا يخالف لما فى الحاشية : رجل وقف أرضاً على أولاده وجعل آخره للفقراء فانت بعضهم ، قال هلال : يصرف الوقف إلى الباقي . فإن ماتوا يصرف إلى الفقراء إلى ولد الولد اه وهو موافق لما فى الخلاصة والبرزازية وخزانة الفتاوى وخزانة المفتين والنف .

مطلب او قال على أولادى بلفظ الجمع هل يدخل كل البطون

نعم قال فى الاختيار شرح المختار لو قال على أولادى يدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الأولاد ولكن يتقدم البطن الأول ، فإذا انقرض فالثاني ثم من بعدهم يشترك جميع البطون فيه على السواء قريبهم وبعيدهم اه وقد استفتى عن ذلك بعض العلماء من المولى أبى السعود وأدرج فى سؤاله عبارة واقعة فى بعض الكتب وافقتهما من عن الاختيار . فأجاب عنه المولى المذكور بما حاصله : إن هذه المسألة قد خُطأ فيها رضى الدين السرخسى فى محيطه واعتمد عليه صاحب الدور اه وما قاله حتى مطابق للكتب المعتمدة كما تحققت وخلافه شاذ ثم إن ما فى الدور غير موافق لذلك القول الشاذ أيضاً لأن مؤدى كلامهم تقديم البطن الأول ثم البطن الثانى ثم الاشتراك بين الأقرب والأبعد ، بخلاف ما يدل عليه كلام الدور من استواء الأقرب والأبعد أولا وآخر اه ما فى الهزيمة ماخصا . وأعاد أن قول الماتى أبى السعود واعتمد عليه صاحب الدور فيه نظر ، لأن كلام الدور غير موافق لكل من القوانين ، لكن جزم بمذهبه فى فتح القدر والمقدسى فى شرحه والأشبهاء فى قاعدة الأصل الحقيقية ، نعم ما فى الحاشية وعبرها ذكره انحصاف أيضا :

مطلب وقف على أولادهم وسماهم

(قوله ولكن سماهم) فقال على فلان وفلان وفلان وجعل آخره للفقراء دور :

قلت : فلو كان أولاده أربعة وسمى منهم ثلاثة لم يدخل المسكوت عنه ، فلو قال ثم على أولادهم لم يدخل أولاد المسكوت عنه لعدم الضمير فى أولادهم إلى المسكين ، بخلاف ما إذا قال ثم على أولاد أولادى لأنهم يدخلون لأنه لم يصف إليهم ، ويدل عليه ما فى الإسعاف : لو قال على ولدى وأولادهم وأولاد أولادهم وله أولاد مات بعضهم قبل الوقف يكون على الأحياء وأولادهم فقط دون أولاد من مات قبل الوقف ، لأن الوقف لا يصح إلا على الأحياء ومن سيحدث دون الأموات ، وقد أعاد الضمير إلى أولاد الأحياء يوم الوقف دون غيرهم ، ولو قال على ولدى وولد ولدى وأولادهم دخلوا لقوله وولد ولدى ، فإن ولد من مات قبله ولد ولده اه ماخصا :

[فروع مهمة] قال على ولدى المخلوقين ونسلى فحدث له ولد لصلبه يدخل بقوله ونسلى ، بخلاف ما إذا قال ونسلهم فإن الحادث لا يدخل هو ولا أولاده ، ولو قال على ولدى المخلوقين ونسلهم وكل ولد يحدث لى فإنه يدخل الحادث دون أولاده ، ولو قال على ولدى المخلوقين ونسلهم ونسل من يحدث لى دخل أولاد الحادث دونه .

صرف نصيبه للفقراء ، ولو على امرأته وأولاده ثم ماتت لم يختص ابنها بنصيبها إذا لم يشترط رد نصيب من مات منهم إلى ولده ، ولو قال على بنى أو على إخوتي دخل الإناث على الأوجه ، وعلى بناتى لأبى بل بنون ، ولو قال على بنى وله بنات فقط أو قال على بناتى وله بنون فالغلة للمساكين ويكون وقفا منقطعاً فإن حدث ما ذكر عاد إليه . ويدخل فى قسمة الغلة من ولد لدون نصف حول مـد طلوع الغلة لا لأكثر إلا إذا ولدت مـبـاتـه أو أم ولده المعققة لدون سنتين لثبوت نسبه بلا حل وطئها ،

ولو قال على ولدى المخلوقين وعلى أولاد أولادهم وتسلمهم يدخل أولاد أولاد (١) بقوله وتسلمهم وإن تجاوزهم بضن ، بخلاف ما إذا قال على ولدى المخلوقين وعلى نسل أولادهم مـلـخصـاً من الخصاف (قوله صرف نصيبه لافقراء) لأنه وقف على كل واحد منهم ، بخلاف ما إذا وقف على أولاده ثم للفقراء أى ولم يسم الأولاد فأت بعضهم فإنه يسرف إلى الباقي لأنه وقف على الكل لا على كل واحد أفاده فى الدرر (قوله لم يختص ابنها) أى المتولى من الوقف أن يكون نصيبها لجميع الأولاد درر ، لكن مقتضى ما قدمناه فى بيان المنقطع أن يصرف نصيبها إلى الفقراء تأمل قوله دخل الإناث على الأوجه لأن جمع الذكور عند الاختلاط يشمل الإناث كما سافط (قوله لا يدخلون) وكذا لا تدخل الحنثى فى الصورتين (٢) لأننا لا نعلم ما هو هندية ط (قوله فالغلة للمساكين) ولا شيء للبنات أو ليس لعدم صدق كل منهما على مدلول الآخر برهان ط (قوله ويكون وقفاً منقطعاً) أى منقطع الأول (قوله بـسـاـتـ ما ذكر) أى بأن ولده بنون فى الأول أو بنات فى الثانى عاد الوقت إليه : أى إلى الحادث .

مطلب فى بيان طلوع الغلة الذى أنيط به الاستحقاق

(قوله ويدخل فى قسمة الغلة الخ) قال فى الفتح : ثم المستحق من الولد كل من أدرك خروج الغلة حالقاً بطريقه ، حتى لو حدث ولو بعد خروج الغلة بأقل من ستة أشهر استحق ، ومن حدث إلى تمامها فاصعداً لا يستحق ، لأننا نرى بوجـود الأول فى البطل عد خروج الغلة فاستحق ، فأو مات قبل القسمة كان أو رثته وهذا فى ولد الزوجة أما لو ماتت أمته بولد لأقل من ستة أشهر فاعترف به لاستحق لأنه منهم فى الإقرار على الغير أى فى المستحقين ، بخلاف ولد الزوجة فإنه حين يولد ثابت النسب (قوله مـد طلوع الغلة) قال فى الفتح : وخروج الغلة التى هى المداط وقت انعقاد الزوج ، حبا : وقال بعضهم : يوم يصير الزوج متقوماً ذكره فى الخالية وهذا فى الحب خاصة ، وقى وقف الخصاف يوم طلعت الثمرة ، وينبغى أن يعتبر وقت أمـانـه العادة كما فى الحب لأنه بالانعقاد بأمن العادة وقد اعتبر انعقاده ، وأما على طريقة بلادنا من إجارة أرض الوقف لمن يزورها لنفسه بأجرة تستحق على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار إدراك القسط فهو كإدراك الغلة ، فكل من كان غائباً قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذا القسط ، ومن لا فلا اه (قوله لدون سنتين) أى من وقت الإبانة والعتق وإن كان لأكثر من ستة أشهر من وقت وجود الغلة لحكم الشرع بوجود الحمل قبل الطلاق والعتق لحرمه الوطء فى العدة فيكون موجوداً عند طلوع الغلة اهـ (قوله لثبوت نسبه بلا حل وطئها) هو معنى قولنا لحكم الشرع الخ

(١) قوله يدخل أولاد أولاده الخ) ويمكن فيه إرجاع التفسير لغير التقريب : قال شيخنا : ورأيت بعض المفتين خص القاعدة بالتفسير المرد ، قال : وأما تفسير الجمع فيرجع الجميع ، واستدل بهذا الفرع على ذلك اهـ .

(٢) قوله وكذا لا تدخل الحنثى فى الصورتين) أى صورة الوقف على البنات والتى قبلها : أى الوقف على البنين الشامل للذكر والأنثى ، هذا هو المراد بالصورتين كما صرح به ط . قال شيخنا : لا وجه لحرماته فى صورة الوقف على البنين الشامل للذكر والأنثى لأنه لا يخرج منهما ثم قال شيخنا : ينبغى أن يراد بالصورتين الصورة التى كتب عليها الحنثى والتى بعدها : أى ما لو وقف على بنين وله بنات فقط أى فلا تدخل الحنثى فى هذه الصورة اهـ .

فلو يحل فلا لاحتیال علوقه بعد طلوع الغلة ، وتقسم بينهم بالسوية إن لم يرتب البطون ، وإن قال للذكر كائنين فكما قال ، فلو وصية فرض ذكر مع الإناث وأنثى مع الذكور ويرجع سهمه للورثة لعدم صحة الوصية لعدم فلابد من فرضه ليعلم ما يرجع للورثة ، ولو قال على والدى ونسلى أبدا وكلما مات واحد منهم كان نصيبه لنفسه فالغلة لجميع ولده ونسله جميع وميتهم بالسوية ونصيب الميت لولده أيضا بالإرث عملا بالشرط ، وأو قال وكل من مات منهم من غير نسل كان نصيبه لمن فوقه ولم يكن فوقه أحد ، أو سكنت عنه يكون راجعا لأصل الغلة للاقتراف مادام نسله باقيا والنسل اسم الولد وولده أبدا

وهو تعليل لقوله إلا إذا ولدت : أى يدخل فى قصة الغلة إذا ولدت مبانته الخ ، والمراد دخوله فى كل غنة خرجت فى هذه المدة لتحقق وجوده عندها (قوله فلو يحل) أى وطؤها بأن كانت أم ولد غير معتقة أو زوجة أو معتدة رجعى (قوله فلا) أى لا يدخل إلا إذا ولدت لدون ستة أشهر من وقت الغلة ط (قوله وتقسم بينهم بالسوية) يفتى عنه قوله سابقا ويستوى الأقرب والأبعد الخ ط :

مطلب قال للذكر كائنين ولم يوجد إلا ذكورا فقط أو إناث فقط

(قوله وإن قال للذكر كائنين الخ) فيه اختصار . وأصله ما فى الإسعاف : وأو قال بطنا بعد بعض للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن جاءت الغلة والبطن الأعلى ذكورا وإناث يكون بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن ذكورا فقط أو إناثا فقط فبالسوية من غير أن يفرض ذكر مع الإناث أو أنثى مع الذكور ، بخلاف ما لو أوصى بثلاث مائة لولد زيد بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وكانوا ذكورا فقط أو إناثا فقط ، فإنه يفرض مع الذكور أنثى ومع الإناث ذكر ويقسم الثلث عليهم ، فما أصابهم أخفوه وما أصاب المضموم إليهم يرد إلى ورثة الموصى . والفرق أن ما يصل من الثلث يرجع ميراثا إلى ورثة الموصى ، وما يبطل من الوقف لا يرجع ميراثا وإنما يكون للبطن الثانى وأنه لا حق له مادام أحد من البطن الأعلى باقيا ، فعلم أن مراده بقوله للذكر مثل حظ الأنثيين إنما هو على تقدير الاختلاط لا مطلقا ، وجلى هذا أمور الناس ومعانيهم اه (قوله فرض ذكر) كذا فى كثير من النسخ ، وفى بعضها ذكرا بالنصب فيكون فرض مبنيا للفاعل (قوله فالغلة لجميع ولده الخ) لأنه لم يرتب بين البطون ولم يفضل بين الذكور والإناث (قوله ونصيب الميت لولده أيضا) أى ما أصاب الميت يأخذه ولده منضيا إلى نصيبه لأنه استحقه من وجهين إسعاف ، وكلما يقال لو رتب بين البطون وشرط انتقال نصيب الميت لولده كما بسطه فى الإسعاف (قوله بالإرث) الأولى حذفه والاختصار على ما بعده لأنه ليس إرثا حقيقة ولذا أو كان ولد الميت ذكرا وأنثى استحقه سوية ، نعم هوشبهه بالإرث من حيث انتقال نصيب الأصل إلى فرعه .

مطلب مهم فإما لو شرط عود نصيب من مات لا عن ولد لأعلى طبقة

(قوله ولو قال الخ) أى فى صورة الترتيب بين البطون طبقة بعد طبقة كما صورته الخصاص وتبعه فى الإسعاف وقوله أو سكنت معطوف على قوله لو قال :

والحاصل أنه إذا رتب بين البطون لا يعطى للبطن الثانى ما لم يتفرض الأول إلا إذا شرط بعد ذلك أن من مات عن ولد فنصيبه لولده يعطى لولده ، وإن كان من البطن الثانى فإن سكنت عن بيان نصيبه لا يعطى لولده بل يرجع لأصل الغلة فيقسم على جميع المستحقين ، وكلما إذا بين نصيب من مات عن غير ولد بأن شرط عوده لأعلى طبقة أول من فى درجته وطبقته أول من دونه اتبع شرطه ، فإن لم يوجد ما شرطه عاد نصيب ذلك الميت لأصل الغلة فيقسم أول من فى درجته وطبقته أول من دونه اتبع شرطه ، فإن لم يوجد ما شرطه عاد نصيب ذلك الميت لأصل الغلة فيقسم

ولو أنثى، والعقب للولد وولده من الذكور أى دون الإناث إلا أن يكون أزواجهن من ولد ولده الذكور وأوله وجلسه وأهل بيته كل من يناسبه إلى أقصى أب له فى الإسلام، وهو الذى أدرك الإسلام أسلم أولا وقرابته وأرحامه وأنسابه كل من يناسبه إلى أقصى أب له فى الإسلام من قبل أبويه سوى أبويه وولده لصلبه فلتهم لا يسمون قرابة اتفاقا، وكذا من علائقهم أو سفلى عندهما خلافا لحمد فعدم منها،

على الجميع لأعلى الفقراء لأنه شرط تقديم النسل عليهم فلاحق لهم ما بقى أحد من نسله، وكذلك لو سكت عن نصيب من مات فإنه يرجع إلى أصل الغلة .

قلت . وبهذا ظهر لك أنه لو شرط عود نصيب من مات عن غير ولد إلى من فى درجته الأقرب فالأقرب منهم كما هو الغالب فى الأوقاف ولم يوجد فى الدرجة أحد يرجع نصيبه إلى أصل الغلة لا إلى أعلى طبقة كما أنثى به كثيرون منهم الرهلى ولا إلى الأقرب من أى طبقة كانت كما أنثى به آخرون منهم الرهلى أيضا ، لأنه إنما اشترط الدرجة واشترط الأقرب من أهل الدرجة ، فإذا لم يوجد فى الدرجة أحد لم يوجد شرطه فتلغو الأقرية أيضا ، وحيث لم يوجد الشرط يرجع نصيبه إلى أصل الغلة ، إذ لا فرق بين قوله لأعلى طبقة ، وقوله لمن فى درجته ، فن أنثى بخلاف ذلك وقد خلف مانص عليه الخصاف وتبعه فى الإسعاف ولم يستند أحد منهم إلى نقل يعارض ذلك ، فتعين الرجوع إلى المصنوع عليه كما أوضحت ذلك فى تنقيح الحامدية بما لم أسبق إليه ، ثم بعد أيام من تحرير هذا المقام ورد سلى السؤل من طرابلس الشام مضمونه أنه وجد فى درجة المتوفى أولاد عم وفى الدرجة التى تحتها أولاد أخت ، وبهذا رأى جماعة من أهل العصر تبعوا ما فى الخيرية بانقلاب نصيب المتوفى إلى أولاد الأخت لأنهم أقرب نسباً وإن كانوا أنزل درجة ، وأثبتت بعوده لأولاد العم تبعاً لما فى الحامدية ، ولما نقله فيها عن البهسى شارح المتن ، لأن الواقت ما اشترط عود نصيب للأقرب من أهل درجة المتوفى لا إلى أعلى طبقة ، وأوضحت ذلك غاية الإيضاح فى رسالة سئمتها [غاية المطلب فى شرط الواقف عود النصيب إلى أهل درجة المتوفى الأقرب فالأقرب] وبينت فيها ما وقع فى جواب الرملى من الأوهام (قوله ولو أنثى) ذكر هلال روايتين فى دخول أولاد البنات فى النسل ، وكذلك فاضى خان وصاحب المحيط وجميع كلام مرجحون كما يفيد كلام العلامة عبد البراهط (قوله والعقب للولد وولده من الذكور) أى أبداً ما تنازلوا ، فكل من يرجع بنفسه إلى الواقف بالآباء فهو من عقبه ، وكل من كان أبوه من غير الذكور من ولد الواقف فليس من عقبه إسعاف ؛

مطلب فى النسل والعقب والآل والجنس وأهل البيت والقرابة والأرحام والأنساب

(قوله كل من يناسبه) أى آباءه إسعاف وهو مفاعلة من النسب : أى من يدخله فى نسبه بمحض الآباء إلى أقصى أب فى الإسلام وهو الذى أدرك الإسلام أسلم أولم يسلم ، فكل من يناسبه إلى هذا الأب من الرجال والنساء والصبيان فهو من أهل بيته كما فى الإسعاف وكذا من آله وجنسه ، والمواد من كان موجوداً منهم حال الوقف أو حدث بعد ذلك لأقل من ستة أشهر من مجئ الغلة كما فى الفتح ، وقبل يشترط إسلام الأب الأعلى ، ففى العلوى أقصى أب له أدرك الإسلام هو أبو طالب ، فيدخل أولاده عقيل وجعفر وهلى ، أما على القول الآخر لا يدخل إلا أولاد على لأنه أول أب أسلم كما فى التارخانية (قوله من قبل أبويه) أى من جهة أى واحد منهما (قوله خلافاً لحمد فعدم منها) أى عدم محمد من القرابة من علا من جهة أبويه ومن سفلى من جهة ولده ، ويوم هذا التمييز ضمه مع أنه فى الإسعاف قال : وهو ظاهر الرواية عنهما ، وروى عنهما أنهم لا يدخلون ؛

وإن قيده بفقرائهم يعتبر الفقر وقت وجود الغلة وهو المحذور لأخذ الزكاة. فلو تأخر صرفها سنين لعارض فافقر الغنى واستغنى الفقير شارك الفقير وقت القسمة الفقير وقت وجود الغلة. لأن العائلات إنما تملك حثيقة بالقبض وطرو الغنى والموت لا يبطل ما استحقته ،

مطلب يعتبر في لفظ القرابة المحرمة والأقرب فالأقرب

وقال ويدخل فيه المحارم وغيرهم من أولاد الإناث وإن بعدوا عنهما. وعند أبي حنيفة تعتبر المحرمة والأقرب فالأقرب للاستحقاق اهـ :

قلت : وقول الإمام هو الصحيح كما في القهستاني وغيره ، وعليه المتنون في كتاب الوصايا . ومحل الخلاف إذا لم يقل الأقرب فالأقرب ، لأنهم قالوا : لو قال على أقاربي أو أقربائي أو أرحامي أو أسائي لا يكون لأقل من اثنين عند أبي حنيفة ، وعندهما يطلق على الواحد أيضا . قال في شرح درر البحار وشرح الجمع المسمى عن الحنفية إذا ذكر مع هذه الألفاظ الأقرب فالأقرب لا يعتبر الجمع اتفاقا ، لأن الأقرب اسم مرد حرج تسميرا فهو ، ويدخل فيه المحرم وغيره ، ولكن يقدم الأقرب لصريح شرطه اهـ ونحوه في التخيير (قوله وإن قيده بفقرائهم) أما لو قال من أفقر منهم ، قال محمد تكون لمن كان غنيا منهم ثم أفقر ونفي اشتراط تقدم نفي ، ولو قال من احتاج منهم فهي لكل من يكون محتاجا وقت وجود الغلة ، سواء كان غنيا ثم احتج أو كان محتاجا من الأصل ومثله المسكين والفقير إسعاف (قوله وهو المحذور لأخذ الزكاة) أي الفقه ساهوا بخوار الخ سكن ذكر في الإسعاف بعده أنه لو كان ولد غني تجب نفقته عليه لا يدخل في الوقف ، ل قدسما في الصروع عند قوله ، أو وقف على فقراء قرابته أنه لا بد أن لا يكون له أحد تجب نفقته عليه ، لأنه بالاتفاق عليه بعد غنيا في باب الوقف ، وذكر في الإسعاف أن الأصل أن الصغير بعد غنيا ينفى أبويه وجديه فقط والرجل والمرأة ينفى فروعهما وزوجها فقط وهذا مذهب أصحابنا . قال الخصاف : والصواب عندي إعطاؤهم وإن كان يفرض نفقتهم على غيرهم . ورد هلال وتماه في (قوله فلو تأخر صرفها سنين الخ) لو وقف على أولاده فاستحقاق الغلة يعتبر يوم حدوث الالة على قول عامة المشايخ لا يوم الوقف ، فالموجود منهم يوم الوقف والمولود بعده سواء إذا كان موجودا يوم حدوث الغلة ، وكذا لو وقف على فقراء قرابته ، فن كان فقيرا يوم حدوث الغلة يعطى له ولو استغنى بعده أو كان غنيا قبله اهـ :

وفي التارخانية : المستحق للغلة من كان فقيرا يوم تجب الغلة عند هلال وبه نأخذ . وفي الخانية وعليه الفتوى ثم ذكر بعده أن الخصاف يعتبر يوم القسمة لا يوم طلوع الغلة . وقال في الفتح : وفي وقف الخصاف لو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى قوم وأفقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا أنظر إلى من كان فقيرا يوم الغلة ثم استغنى اهـ . وهذا ظهر لك أن قوله شارك الفقير وقت القسمة الخ لا ينشئ على قول هلال ولا على قول الخصاف ، لأنه يقتضى أن من كان غنيا وقت الغلة ثم أفقر وقت القسمة يستحق مع من كان غنيا وقت القسمة فقيرا وقت الغلة ، واستحقاق الأول ظاهر على قول الخصاف والثاني على قول هلال ، فالظاهر أن الصواب أن يقال لا يشارك بلا النافية فيكون كل من المسائلين على قول هلال المعنى به ، ويدل عليه قوله فلو تأخر الخ فإنه مفرع على قوله قبله يعتبر الفقر وقت وجود الغلة (قوله لأن الصلات الخ) بكسر الصاد جمع صلاة وهو تعليل لما فهم من اختصاص الاستحقاق بمن كان فقيرا وقت وجود الغلة بناء على ما قلنا من أن الصواب لا يشارك بلا النافية وهذا مؤيد له أيضا . وبيان التعليل جيل. أن من كان فقيرا وقت الغلة في هذه السنين يستحق غلة كل سنة ولا يصير

وأما من ولد منهم لدون نصف حول بعد مجيء الغلة فلا حظ له لعدم احتياجه فكان بمنزلة الغنى ، وقيل يستحق لأن الفقير من لاشئ له والحمل لاشئ له ، ولو قيده بصلحتهم أو بالأقرب فالأقرب

غنيا بما يستحقه لأنه صلة لا تملك إلا بالقبض ، فإذا جله يوم القسمة وكان غنيا بأخذ ما استحقه في السنين الماضية بصفة الفقر ، لأن طرود الغنى لا يبطل ذلك ، كما لو مات بعد طلوع الغلة فإن نصيبه منها لا يبطل بالموت بل يصير ميراثا لورثته (قوله فلا حظ له) أى من هذه الغلة التي خرجت وهو حمل في بطن أمه (قوله لعدم احتياجه) لأن الفقير هو المحتاج والحمل غير محتاج ، بخلاف الوقف على أولاده فإنه يدخل الحمل لتعلق الاستحقاق بالنسب وهنا بالفقر (قوله وقبل يستحق) هذا قول الخصاف ، والأول قول هلال .

مطلب تفسير في الصالح

(قوله ولو قيده بصلحتهم) الصالح : من كان مستورا ولم يكن مهتوكا ، ولا صاحب رية ، وكان مستقيم الطريقة سلم الناحية كامن الأذى ، قليل الشره ليس بمعاقر للبلد ولا يتأدم عليه الرجال ، ولا قذاقا للمحصنات ، ولا معروفا بالكذب فهذا هو الصلاح عندنا ، ومثله أهل العفاف والخير والفصل ، ومن كان أمره على خلاف ما ذكرنا فليس هو من أهل الصلاح ولا العفاف إسعاف :

مطلب المراد بالأقرب فالأقرب

(قوله أو بالأقرب فالأقرب) المراد بالأقرب أقرب الناس رحا لا الإرث والمعصية كما في الخيرية . وذكر في أنفع الوسائل أن أبا يوسف لم يعتبر لفظ أقرب في التقديم بل سوى بينه وبين الأبعد ، ثم قال : وبالحسنة إنه ضعيف لأنه يلزم منه إلغاء صيغة أفعال بلا دليل وإلغاء مقصود الواقف من تقديم الأقرب اهـ فالمراد اعتبار الأقرية وهو المشهور ، وبه أفتى في الخيرية ، لكن أفتى في موضع آخر بخلافه حيث شارك جميع أهل الدرجة في وقف اشترط فيه تقديم الأقرب من أهل الدرجة ، والظاهر أنه ذهب منه عن هذا الشرط وإلا فهو ضعيف كما علمت : وفي الإسعاف : لو قال على أقرب الناس مني أو إلى ثم على المساكين وله ولد وأبوان فهى للولد ولو أنى لأنه أقرب إليه مع أبويه ، ثم تكون للمساكين حرد أبوي . لكنه لم يقل للأقرب فالأقرب ولو له أبوان فهى بينهما نصفين ولو له أم وإخوة فلازم ، وكذا لو له أم وإخوة لأب . ولوله جد لأب وإخوة فللجد على أقول من يجعل بمنزلة الأب وعلى القول الآخر للإخوة ، لأن من ارتكض معه في رحم أو خرج معه من صلب أقرب إليه من بينه وبينه حائل ولوله أب وابن ابن غلاب لأنه أقرب من النافلة ، ولوله بنت بنت وابن ابن بنت البنت لأن الوقف ليس من قبيل الإرث ، ولو قال على أقرب قرابة منى وله أبوان وولد لا يدخل واحد منهم في الوقف إلا يقال لم قرابة ، ولو قال على أقاربى هل أن يبدأ بأقربهم إلى نسب أو رحا ثم من يليه وله أخوان أو أختان يبدأ بمن لأبويه ثم بمن لأب ، ولو كان أحدهما لأب والآخر لأم يبدأ بمن لأبيه عنده . وقالا هما سواء ، والخال أو الخالة لأبوين أولى من الم لأم أو لأب كملكه ، والم أو الخالة لأبوين مقدم على الخال أو الخالة عندناى حقيقة ، وعلى القول الآخر هما سواء ، ومن لأب منهما أولى من لأم عنده ، وعندهما سواء ، وحكم الفروع إذا اجتمعوا مفرقين كحكم الأصول . وعندهما قرابته من جهة أبيه أو من جهة أمه سواء ذكورا كانوا أو إناثا أو مختلطين ، ومقدم الأقرب فالأقرب منهم عملا بشرط الواقف اهـ ملخصا وتامه فيه :

أو فالأحوج أو بمن جاوره منهم أو بمن سكن مصر تقيد الاستحقاق به عملاً بشرطه ، وتماه في الإصعاف . ومن أحوجه حوادث زمانه إلى ماخى من مسائل الأوقاف فلي نظر إلى كتاب [الإصعاف الخصوص بأحكام الأوقاف ، الملخص من كتاب هلال والنصاف] كذا في البرهان شرح مواهب الرحمن للشيخ إبراهيم بن موسى بن أبي بكر (١) - في الحنفى نزىل القاهرة بعد دمشق المتوفى في أوائل القرن العاشر سنة اثنين و عشرين وتسعمائة ، وهو أيضاً صاحب الإصعاف ، والله أعلم .

(قول الأشباه) اختلاف الشاهدين مانع إلا في إحدى وأربعين . قال في زواهر الجواهر حاشيتها للشيخ صالح ابن المصنف : قد ذكر في الشرح المحال عليه مسائل لا يضر فيها اختلاف الشاهدين . وأنا أذكرها سرداً فأقول :

[الاولى] شهد أحدهما أن عليه ألف درهم وشهد الآخر أنه أقر بألف درهم تقبل :

[فتنبه] قد علم بما ذكرناه أن لفظ الأقرب لا يخص بالقرابة مالم يقيد بها بأن يقول الأقرب من قرابى ، أما لو قال على أقرب الناس منى يشمل القرابة وغيرها ولذا يدل فيه الأبوان مع أنها ليس من القرابة ، وعلى هذا فلو قال على أن من مات عن غير ولد عاد نصيبه إلى من في درجته بقدم الأقرب فالأقرب في ذلك ووجد في درجته أولاد هم ولى الدرجة التى تحتها ابن أخت يصرف إلى أولادهم دون ابن أخته ، خلافاً لما أفنى به في الخبرية حيث صرفه لابن الأخت لكونها أقرب وكون أولادهم أيسوا رحماً محرماً ، ولا يخفى أنه خطأ لأن الأقرب لا يخص الرحم المحرم لأنه أعم من القرابة كما علمت ، وانظر ما قدمناه قبل ورقة عن الحنفى يظهر لك الحق (قوله أو فالأحوج) قال الحنفى في رجل أوصى بثمنه للأحوج فالأحوج من قرابته وكان فيهم من يملك مائة درهم مثلاً ، ومن يملك أقل منها يعطى ذو الأقل إلى أن يصير معه مائة درهم ثم يقسم الباقي بينهم جميعاً بالسوية : قال النصاف : والوقف عندى بمنزلة الوصية إصعاف (قوله أو بمن جاوره) لو قال على فقراء جيرانى فهم عنده للفقير الملاصقة داره لداره الساكن هو فيها لتخصيصه الجار بالملاصق فيها أو أوصى بجيرانه بثلث ماله والوقف مثلها وبه قال زفر ، ويكون لجميع السكان في الدور الملاصقة له الأحرار والعبيد والذكور والإناث والمسلمون وأهل الدمة سواء ، وبعد الأبواب وقربها سواء ، ولا يعطى القيم بعضها دون بعض بل يقسمها سـل عددرؤوسهم . وعندهما تكون للجيران الذين يجمعهم حجة واحدة ، وتماه الكلام على ذلك في الإصعاف (قوله ومن أحوجه حوادث زمانه) من هنا إلى كتاب البيوع ساقط من بعض النسخ ، والظاهر سقوطه من نسخة الأصل خصوصاً المسائل الآتية فلنأى لا ارتباط لما بكتاب الوقف : والظاهر أن الشارح لما انتهى إلى هنا بقى معه بياض ورق هو آخر الجزء فكتب فيه هذه المسائل لاعلى أنها من الكتاب فألحقها بالناسخ به ، وبدل على ذلك أن الشارح في كتاب الدعوى ذكر عدة مسائل التى لا يخلف فيها المنكر ، ثم قال : ولولا خشية التطويل لسردتها ، وذكر غيره قبل كتاب الدعوى ، وإلا كان الأولى أن يقول قدمتها في محل كذا لكن قوله في الآخرة فاغتم هذا المقام فإنه من جواهر هذا الكتاب يقتضى أن مراده جعلها مه إلا أن تكون هذه العبارة من جملة ما نقله عن زواهر الجواهر لامن كلامه ، والله سبحانه أعلم (قوله قول الأشباه) أى صاحبها ط :

مطلب ذكر مسائل استطرادية خارجة عن كتاب الوقف

(قوله إلا في إحدى وأربعين) حجارة الأشباه ، وقد ذكرت في الشرح أن المستثنى اثنان وأربعون مسألة وبينتها مفصلة ، وكذا قال الشارح في كتاب الشهادات إلا في اثنين وأربعين وزاد ابن المصنف ثلاثة عشر آخر تركها خشية التطويل (قوله في الشرح المحال عليه) يعنى البحر (قوله وشهد الآخر أنه أقر بألف درهم تقبل)

[الثانية] ادعى كمر حنطة جيدة شهد أحدهما بالجودة والآخر بالردية تقبل بالردية ويقضى بالأكل [الثالثة] ادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية والآخر بخارية، والمدعى يدعى نيسابورية وهي أجود يقضى بالبخارية بخلاف [الرابعة] لو اختلفا في الهبة والعطية [الخامسة] لو اختلفا في لفظ النكاح والتزويج [السادسة] شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبداً على أن يزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن يزيد نصفها تقبل على الثلث [السابعة] ادعى أنه باع بيع الوفاء فشهد أحدهما به والآخر أن المشتري أقر بذلك تقبل [الثامنة] شهد أحدهما أنها بتاريته والآخر أنها كانت له تقبل [التاسعة] ادعى أنهما مطلقا فشهد أحدهما على إقراره بألف قرض والآخر بألف ودیعة تقبل [العاشر] ادعى الإبراء فشهد أحدهما به والآخر أنه هبة أو تصدق عليه أو حلله جاز [الحادية عشر] ادعى الهبة فشهد أحدهما بالبراءة والآخر بالهبة أو أنه حلله جاز [الثانية عشر] ادعى الكفيل الهبة فشهد أحدهما به والآخر بالإبراء جاز وثبت الإبراء

مر قول أبي يوسف، ووجهه الصدق، وقالوا: لا تقبل، ومثلها كما في خزائن الأكل: إذا شهد أحدهما بالطلاق والآخر بإقراره به، وزاد في الروايات: ما لو شهد أحدهما على قرض مائة درهم والآخر على الإقرار بذلك ط قوله بالردية) الأنسب بالرداءة اهـ ح (قوله يقضى بالبخارية بخلاف) ومثله لو شهد أحدهما بألف بيض والآخر بألف سود والمدعى يدعى الأفضل تقبل على الأقل، ووجهه في المسائل الثلاث أنها اتفقا على الكسبة بمراد أحدهما بزيادة وصح، ولو كان المدعى يدعى الأقل لا تقبل إلا إن وفق بالإبراء، ونماه في فتح القدير بخر (قوله الرابعة الخ) ذكر في البحر أنه لا يشترط في الموافقة لفظاً أن يكون بعين ذلك، بل إما بعينه أو مرادفه حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية يقبل اهـ. وحینئذ لا وجه للاستثناء، لكن قال في البحر بعد ذلك: وقد خرج عن ظاهر قول الإمام مسائل وإن أسكن رجوعها إليه في الحقيقة، وحینئذ فالاستثناء مبنى على ظاهر قول الإمام لأعلى ما هو التحقيق في المقام حموى (قوله أنطاسة الخ) فيها ما تقدم في التي قبلها حموى (قوله تقبل على الثلث) وهكذا الحكم لو شهد أحدهما بالكل والآخر بالنصف فإنه يقضى بالنصف المتفق عليه حموى، محل ما إذا كان المدعى يدعى الأكثر ولا فرق بين كون المدعى عليه يقر بالوقف وينكر الاستحقاق، أو بغيرها وأقيمت البينة بما ذكر ط (قوله السابعة ادعى الخ) لأن في البيع يتحد الإنشاء ولتلف الإقرار جامع المصولين. وفي البحر: لا خصوصية لبيع الوفاء ولا للبيع، بل كل قول كذلك، بخلاف الفعل والنكاح من الفعل (قوله أنها كانت له تقبل) لأن الأصل بقاء ما كان على ما عليه كان ط (قوله ادعى ألفاً مطلقاً) أى غيره عقيد بقرض ولا ودیعة قال في البحر: وإن ادعى أحد السبين لا تقبل لأنه أكذب شاهده، كذا في البرازية (قوله فشهد أحدهما على إقراره بألف قرض الخ) بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف قرض والآخر بألف ودیعة فلأنها لا تقبل بخر عن البرازية:

قلت: ولعل وجهه أن القرض فعل والإيداع فعل آخر، بخلاف الشهادة على الإقرار بالقرض والإقرار بالوديعة فإن الإقرار بكل منهما قول وهو جنس واحد، والمقر به وإن كان جنسين. لكن الوديعة مضمونة عند الإنكار، والشهادة إنما قامت بعد الإنكار فكانت شهادة كل منهما قائمة على إقراره بما يوجب الضمان تأمل، ثم رأيت في البرازية على بقوله لاتفاهما على أنه وصل إليه منه الألف وقد جحد فصار ضامناً (قوله والآخر أنه هبة) الذي في البحر أنه وجه (قوله جاز) لأن هبة الدين من المديون والتصدق به عليه، وتحليله منه إبراء له ط بخلاف ما إذا شهد أحدهما على الهبة والآخر على الصدقة لا تقبل بخر عن البرازية تأمل (قوله ادعى الهبة) أى أن الدائن وجهه الدين، والوجه أيها ماذكر في سابقها ط (قوله وثبت الإبراء) لأنه أقلهما فلا يرجع الكفيل على

[الثالثة عشر] شهد أحدهما على إقراره أنه أخذ منه العبد والآخر على إقراره بأنه أودع منه هذا العبد تقبل [الرابعة عشر] شهد أحدهما أنه غصبه منه والآخر أن فلانا أودع منه هذا العبد يتقاضى للمدعى [الخامسة عشر] شهد أحدهما أنها ولدت منه والآخر أنها حملت منه تقبل [السادسة عشر] شهد أحدهما أنه أقر أن الدار له وقال الآخر إنه سكن فيها تقبل [السابعة عشر] شهد أحدهما أنه أقر أن الدار له والآخر أنه سكن فيها تقبل [الثامنة عشر] أنكر إذن عبده فشهد أحدهما على إذنه في الثياب والآخر في الطعام يقبل [التاسعة عشر] اختلفت شهادة الإقرار بالمال في كونه أقر بالعربية أو بالفارسية تقبل ، بخلافه في الطلاق [العشرون] شهد أحدهما أنه قال لعبده أنت حر والآخر أنه قال إزادى تقبل [الحادية والعشرون] قال لامرأته إن كلمت فلانا فأنت طالق فشهد أحدهما أنه كلمته غدوة والآخر عشية طلقت [الثانية والعشرون] إن طلقك فعبدي حر فقال أحدهما طلقها اليوم والآخر أنها طلقها أمس يقع الطلاق والعناق [الثالثة والعشرون] شهد أحدهما أنه طلقها ثلاث البتة والآخر أنه طلقها اثنتين اثنتي بطلقتين وبذلك الرجعة

الأصل بزانية : أى لأن إبراء الطلاق للكفيل لا يوجب رجوع الكسب على الأصل . بخلاف ما ذهب الكفيل فافهم (قوله شهد أحدهما على إقراره أنه أخذ منه) صورتها : ادعى رجل عبداً في يد رجل فأكراه المدعى عليه فبرهن المدعى بما ذكر فلما تقبل ، ومثله يقال في الصورة الآتية ط . ووجه القول اتفاق الشاهدين على الإقرار بالأخذ ، لكن بحكم الوديعة أو الأخذ . فردا بزانية (قوله الخامسة عشر شهد أحدهما أنها ولدت منه الخ) الظاهر أن صورتها فيها لو علق طلقها على الحمل فإن الولادة يلزمها الحمل ، فقد اتفق الشاهدان عليه ، ولا يصح تصويرها بالتعلق على الحمل (١) فإن الحمل قد لا تلد لمولها أو موت الولد في بطنها ففهم رقبته السادسة عشر شهد أحدهما أنه أقر أن الدار له) هذه الصورة ذكرت في بعض النسخ مرتين السادسة عشر ولسابعة عشر فالتناسب ما في بعض النسخ موافق لما في البحر : السادسة عشر شهد أحدهما أنها ولدت منه ذكرها والآخر أنى تقبل ولكنها متحدة مع الخامسة عشر في التصوير ، ولذا عطفتها عليها في البرازية بأو ، فالتناسب أن يذكر بدلا ما في البرازية عن الأقضية : شهد أحدهما أنه أقر أنه غصب من فلان كذا والآخر أنه أقر بأنه أخذ منه تقبل (قوله أنه أقر) أى أن المدعى عليه أقر أن الدار له : أى للمدعى (قوله والآخر أنه سكن فيها ففهم) أى أن المدعى سكن فيها ففهم شهادة بثبوت يد المدعى عليها ، والأصل في اليد الملك فقد وافقت الأولى نأمل (قوله والآخر في الطعام يقبل) لأن الإذن في نوع يعم الأنواع كلها لأنه لا يتخصص بنوع كما ذكره في المأذون ط (قوله بخلافه في الطلاق) قال في الأشباه : والأصح القبول فيما (قوله إرادى) كلمة فارسية بمعنى حر . قال ط : وفي نسخ زيادة لام بين الدال والياء (قوله طلقت) لأن الكلام يتكرر فيمكن أنها كلمته في الوقتين (قوله والآخر أنه طلقها أمس) أى في اليوم الذى قبل يوم الشهادة لا قبل يوم التعلق ، لأن المتعلق عليه طلاق : أى ل (قوله يقضى بطلقتين وبذلك الرجعة) لأنه لا يحتاج إلى قوله البتة في ثلاث بحر عن العيون لأبي الليث ، وبيانه أن الثلاث طلاق بائن ، وقوله البتة لغو ، فكان لم يذكره وانفرد بذكره الشاهد الثاني فصار الاختلاف بين الشاهدين في مجرد العدد ، وقد اتفقا على اثنتين فيقضى بهما وتلفو الثالثة لانفراد أحدهما بها ، كما لنا لفظ البتة لذلك ، ولذا كان الطلاق رجعيا فافهم ، لكن الظاهر أن قبول الشهادة هنا مبنى على قول محمد ، لأنه في البرازية عزاه إليه .

(١) (قوله ولا يصح تصويرها بالتعلق على الحمل) هو من ما أنبته أولا بقوله الظاهر أن صورتها فيما لم يولد طلقها من أجل دليل الصواب في كذا إبدال الحمل بالولادة ، وبحر أمه صحيح .

[الرابعة والعشرون] شهد أحدهما أنه أعتق بالعربية والآخِر بالفارسية تقبل [الخامسة والعشرون] ١. ٢. في مقدار المهر يقضى بالأقل [السادسة والعشرون] شهد أحدهما أنه وكله بخصومة مع فلان في دار سماه وشهد الآخر أنه وكله بخصومة فيه وفي شيء آخر تقبل في دار اجتماعا عليه [السابعة والعشرون] شهد أحدهما أنه وقفه في صحته والآخِر بأنه وقفه في مرضه قبلا [الثامنة والعشرون] لو شهد شاهد أنه أوصى إليه يوم الخميس وآخر يوم الجمعة جازت [التاسعة والعشرون] ادعى مالا فشهد أحدهما أن المحتال عليه أحال غريمه بهذا المال تقبل [الثلاثون] شهد أحدهما أنه باعه كذا إلى شهر وشهد الآخر بالبيع ولم يذكر الأجل تقبل

وعند أبي حنيفة لا تقبل أصلا ، لما في البحر عن الكافي : شهد أحدهما بألف والآخِر بألفين لم تقبل عنده ؛ وعندهما تقبل على ألف إذا كان المذمي يدعي ألفين ، وعلى هذا المائة والمائتان والطفلة والطفلتان والطفة والثلاث ، ثم ذكر في البحر بعد ورقة مستدركا على مافي البرازية أن مافي الكافي هو المذهب (قوله شهد أحدهما أنه أعتق بالعربية الخ) هذا لفظ الشاهد ، ولم يذكر أنه قال أنت حر ولم يذكر الآخر أنه قال أنت آزاد فلا تكون مكررة مع الشرين ط تأمل (قوله اختلفا في مقدار المهر يقضى بالأقل) كذا في البرازية . وفي جامع الفصولين شهد ببيع أو إجارة أو طلاق أو عتق على مال واختلفا في قدر البدل لا تقبل إلا في النكاح تقبل ويرجع في المهر إلى مهر المثل . وقال لا تقبل في النكاح أيضا اه بحر :

قلت : الظاهر أن هذا فيما إذا أنكر الزوج النكاح من أصله وكذا البيع ونحوه ، وما ذكره الشارح فيما إذا اتفقا على النكاح واختلفا في قدر المهر ، ووجه عدم القبول في البيع ونحوه أن العقد بألف مثلا غير العقد بألفين وكذا الكاح على قولهما ، وعلى قوله باستثناء النكاح أن المال فيه غير مقصود ، ولذا صح بدون ذكره : بخلاف البيع ونحوه ، وينبغي أن يكون ما ذكره الشارح على الخلاف المار آفا عن الكافي (قوله تقبل في دار اجتماعا عليه) أي فيما اتفق عليه الشاهدان من الخصومة في دار كذا دون ما زاده الآخر : قال في جامع الفصولين : إذ الوكالة تقبل التخصيص ، وفيما اتفقا عليه ثبتت الوكالة لا فيما تفرد به أحدهما ، فلو ادعى وكالة معينة فشهد بها والآخِر بوكالة عامة ينبغي أن تثبت المعينة اه (قوله قبلا) إذ شهدا بوقف بات لأن حكم المرض ينتقض فيما لا يخرج من الثلث ، وهذا لا يتمتع الشهادة بحر عن جامع الفصولين . قال في الإسعاف : ثم إن خرجت من ثلث ماله كانت كلها وقفا وإلا فبحسابه ، ولو قال أحدهما وقفها في صحته وقال الآخر جعلها وقفا بعد وفاته لم تقبل وإن خرجت من الثلث ، لأن الثاني شهد بأنها وصية وهما مختلفان اه (قوله ادعى) الاشهد أحدهما أن المحتال عليه أحال غريمه بهذا المال) سقط منه شيء يوجد في بعض النسخ ، وهو وشهد الآخر أنه كفل عن غريمه بهذا المال تقبل ، وهذه المسألة نقلها في البحر عن القنية لكن عبارة القنية فشهد أحدهما أن المحتال عليه احتال عن غريمه بهذا المال الخ .

قال ط : اعلم أن الغريم يطلق على الدائن وهو المراد بالأول وعلى المديون وهو المراد بالثاني . وصورته : ادعى زيد على عمرو مالا فأقام زيد شاهدين شهد أحدهما أن عمرا محال عليه يعني أن دائنه أحال زيدا عليه بماله عليه من الدين وشهد الثاني أن عمرا كفل عن مديون زيد بهذا المال . وحاصله أن المال على عمرو غير أن أحد الشاهدين شهد أن المال لزمه بطريق الإحالة عليه والآخِر شهد أن المال لزمه بطريق الكفالة ، والله تعالى أعلم بالصواب ، وستأتي هذه الصورة في كلام الشيخ صالح إلا أنه قال يقضى بالكفالة لأنها الأقل اه لكن هذا التصور لا يوافق عبارة الشارح ، والموافق لما لو كان زيد على عمرو

[الحادية والثلاثون] شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار يقبل فيهما [الثانية والثلاثون] شهد واحد أنه وكله بالخصومة في هذه الدار عند قاضي الكوفة وأخر عند قاضي البصرة جازت شهادتهما [الثالثة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بالقبض والآخر أنه جراه تقبل [الرابعة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بقبض والآخر أنه ساعطه على قبضه تقبل [الخامسة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه أوصى إليه بقبضه في حياته تقبل [السادسة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بطلب دينه والآخر بتقاضيه تقبل [السابعة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر بطلبه تقبل [الثامنة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه أمره بأخذه أو أرسله ليأخذه تقبل [التاسعة والثلاثون] اختلفا في زمن إقراره في الوقف تقبل [الأربعون] اختلفا في مكان إقراره به تقبل [الحادية والأربعون] اختلفا في وقفه في صحة أو في مرضه تقبل [ثانية والأربعون] شهد أحدهما بوقفه على زيد والآخر بوقفه على عمرو تقبل وتكون وقفا على الفقراء انتهى .

ألف مثلا فأحال عمرو زيدا بالألف على بكر ودفعها بكر ثم ادعى بها بكر على عمرو فشهد أحد الشاهدين ١٤ ذكر وشهد الآخر أن بكرا كفل عمرا بإذنه وأنه دفع الألف لزيد وعلى هذا فغريمه في كلام الشارح بالرفع فاعل أحال ، والمراد به عمرو المدين لأن المكيل لزيد على بكر ، وهذا معنى قول القتيبي إن المحتال عليه احتال عن غريمه أي أن بكرا قبل الحوالة عن غريمه عمرو (قوله شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار) أي والآخر بلا شرط كما يوجد في بعض النسخ (قوله يقبل فيهما) أي في هذه المسألة والتي قبلها لكن في التي قبلها صرح بقوله تقبل فلا حاجة إلى قوله فيهما ، والمراد أنه يثبت البيع وإن لم يثبت الأجل والشرط (قوله جازت شهادتهما) أي على أصل الوكالة بالخصومة (قوله والآخر أنه جراه) في باب الألف المقصورة من الصحاح : الجرى الوكيل والرسول اه . وحلل القبول في شرح أدب القاضي للخصاف بقوله لأن الجراية والوكالة سواء ، والجري والوكيل سواء ، فقد اتفق الشاهدان في المعنى واختلفا في اللفظ وأنه لا يمنع (قوله والآخر أنه أوصى إليه بقبضه في حياته تقبل) لأن الوصاية في الحياة وكالة كما أن الوكالة بعد الموت وصاية كما صرحوا به (١) فالمراد بالوصاية هنا الوكالة حقيقة لتقيدها بقوله في حياته فافهم (قوله التاسعة والثلاثون الخ) قال في جوامع الفصولين : أو اختلف الشاهدان في زمان أو مكان أو إنشاء وإقرار بأن شهد أحدهما على إنشاء والآخر على إقرار ، فإن كان هذا الاختلاف في فعل حقيقة وحكما يعني في تصرف فعل كجناية وغصب أو في قول ملحق بالفعل كتنكاح لتضمنه فعلا وهو إحضار الشهود يمنع قبول الشهادة ، وإن كان الاختلاف في قول محض كبيع وطلاق وإقرار وإبراء وتحرير أو في فعل ملحق بالقول وهو القرض لا يمنع القبول وإن كان القرض لا يتم إلا بالفعل وهو التسيام ، لأن ذلك معمول على قول المقرض أقرضتك فصار كطلاق وتحرير وبيع اه .

قلت : ووجهه أن القول إذا تكرر فدلوه واحد فلم يختلف بخلاف الفعل ، وإطلاق الإقرار يفيد أن الوقف غير قيد (قوله الحادية والأربعون) مكررة مع السابعة والعشرين ح (قوله تكون وقفا على الفقراء) لاتفاق الشاهدين

(٢) قال في الرهبانية :

حرقه إرثا	شبان وصية	وكالة الثلاث الرمان المحرر
طلاق شراء بيع القرض دين	اعتلاف المكان فقلت ليس ياتر	
وفي النصب والقفل التنكاح جناية	إذا اختلفا في واحد يقرر اه منه	

قلت : وزدت بفضل الله على ما ذكره المصنف مسائل : منها لو اختلفا في تاريخ الرهن ، بأن شهد أحدهما أنه رهن يوم الخميس والآخر أنه رهن يوم الجمعة تسمع عندهما خلافاً لحديث جواهر الفتاوى : ومنها لو اتفق الشاهدان على الإقرار من واحد بمال واختلفا فقال أحدهما كنا جميعاً في مكان كذا ، وقال الآخر كنا في مكان كذا نقبل .

ومنها لو قال أحدهما والمساءة بما لما كان ذلك بالعادة وقال الآخر كان ذلك بالعشى تقبل وهما في الولو الجنية : ومنها شهدا على رجل أنه طلق امرأته وأحدهما يقول إنه عين منكوحة بنت فلان والآخر يقول ما عينها إني أعلم وأشهد أن المرأة التي كانت له سوى ابنة فلان قد طلقها وأخرجها من داره قبل هذا التخليق . قال فخر الدين : إذا شهدا على إطلاق إلا أنه عين أحدهما المرأة وذكرها باسمها ولم يعين الآخر التي هي في نكاحه وليس في نكاحه غير امرأة واحدة تصح الشهادة وهي في جواهر الفتاوى .

ومنها ادعى ملك داره فشهد له أحدهما أنها له أو قال ملكه وشهد الآخر أنها كانت ملكه تقبل منية المقتضى . ومن ادعى ألفين أو أئماً وخمسائة فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسةائة قضى له بالألف إجماعاً . ومنها لو شهد أن له على هذا الرجل ألف درهم وشهد أحدهما أنه قد قضاه المطلوب منها خمسمائة والطالب ينكر ذلك ، فإن شهدتهما على الألف مقبولة ولو الجنية .

ومنها ادعى جارية في يدرجل وجاء بشاهدين فشهد أحدهما أنها جاريته غضبها منه هذا وشهد الآخر أنها جاريته

على لزوم وهو صدقة (قوله قلت) من كلام الشيخ صالح وما قبله من الشرح المحال عليه وهو البحر (قوله منها لو اختلف في تاريخ الرهن) في جامع التفصيلين : الشهادة بعقد تمامه بالفعل كرهن وهبة وصدقة يبطلها الاختلاف في زمان ومكان إلا عند محمد اه : ونقل الخلاف هنا على العكس كما ترى ثم قال في جامع الفصولين : ولو شهدا برهن واحداً في زمان أو مكان وهما يشهدان على معاينة القبض تقبل شراره وهبة وصدقة لأن القبض قد يكون غير مرة اه . فعلم أن الاختلاف في الشهادة على مجرد العقد (قوله ومنها لو اتفق الشاهدان على الإقرار الخ) هذه من اختلاف الشهادة على الإقرار في المكان والتي بعدها في الزمان ، وهما مكروتان مع التاسعة والثلاثين والأربعين ، لأنهما وإن كانتا في الإقرار بالوقت وهاتان في الإقرار بالمال ، فإن كل إقرار كذلك كما مر فافهم (قوله أن المرأة التي كانت له الخ) بهذا تعين أن المطلقة الآن هي بنت فلان حيث لم يكن في نكاحه غيرها أفاده ط (قوله قبل هذا التخليق) أي الذي وقع فيه التعيين من أحد الشاهدين ط (قوله ومنها ادعى ملك داره) الأولى دار بلا ضمير ، وهذه المسألة مكررة مع التاسعة (قوله ومنها ادعى ألفين الخ) في بعض النسخ ألفاً والصواب إسقاط كل منهما (١) والاقتصار على قوله أئماً وخمسةائة قال في الكنز : فإن شهد أحدهما بالألف والآخر بألفين لم تقبل ، وإن شهد الآخر بألف وخمسةائة والمدعى يدعي ذلك . قبلت على ألف . قال في البحر : لانفاقهما على الألف لفظاً ومعنى ، وقد انفرد أحدهما بمسماة بالمعطوف المعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما انفقا عليه بخلاف الألف والألفين ، لأن لفظ الألف غير لفظ الألفين ولم يثبت واحد منهما ، وتامه فيه (قوله وشهد أحدهما الخ) أي زاد في شهادته أنه قضاه منها خمسمائة

(١) (قوله والصواب إسقاط كل منهما الخ) حاصل القول هنا أن الإمام شرط لصحة الدعوى أن يدل للفظ كل من الشاهدين على ما شهد به الآخر دلالة مطابقة ، وأن يدل كلام المدعى على المشهود به ولو دلالة تفصيلية واكتفى بحمد بالضمينية في كلا الدلائلين ، ولم يقل أنه بالشرائط المطابقة في دلالة كلام المدعى على المشهود به كما ظن العلامة الخبي ، فذكر ما ذكر من التصويب بالنسبة لصورة دعوى الألفين التي شهد فيها أحد الشهود وألف والآخر بألف وخمسةائة فإنه يقضى بالألف إجماعاً لوجود دلالة كلام كل من الشاهدين على ما شهد به الآخر بطريق المطابقة وتضمن المدعى المشهود به اه .

ولم يقل غصبها منه قبلت . جميع الفتاوى :
ومنها شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لو أنها تقبل عنده ، خلافا لما جامع الفصولين .
ومنها شهد أحدهما بكفالة والآخر بحوالة تقبل في الكفالة لأنها أقل جامع الفصولين .
ومنها شهد أحدهما أنه وكله بطلاقها وحدها والآخر أنه وكله بطلاقها وطلاق فلانة الأخرى فهو وكيل في طلاق
التي اتفقا عليها وهي فيه أيضا .
ومنها شهدا بوكالة وزاد أحدهما أنه عزله تقبل في الوكالة لا في العزل وهي منه أيضا .
ومنها ادعت أرضا شهد أحدهما أنها ملكها عن الدستين وشهد الآخر أنها تملكها لأن زوجها أقر أنها ملكها
تقبل ، لأن كل بائع مقر بالملك لمشترى فكأنهما شهدا أنه ملكها ، وقيل رد لأنه لا شهد أحدهما أنه دفعها عوضا
وشهد بالعتق وشهد الآخر بإقراره بالملك ، فاختلف المشهود به . أما لو شهد أحدهما أن زوجها دفعها عوضا والآخر
بإقراره أنه دفعها عوضا تقبل لانفاقهما ، كما لو شهد أحدهما بالبيع والآخر بإقراره به . وهي في جامع الفقه ابن
التميمي كلام الشيخ صالح ابن الشيخ محمد بن عبد الله الغزي .

لم تقبل هذه الزيادة ما لم يشهد معه بها آخر ، ولا يكون ذلك تكذيبا لشاهد النضاء لأنه لم يكتبه بها شهد به بل فيها
شهد عليه (قوله خلافا لما) استظهر صدر الشريعة قولها ، وهذا إذا لم يذكر المدعي لو أنها ذكره الزباني ط (قوله
شهد أحدهما بكفالة) مكررة مع التاسعة والعشرين ط (قوله تقبل في الحوالة (۱) لأنها أول) وهذا من الدستين
كلمة واحدة ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة ، والحوالة بشرط أن لا يبرأ كفالة جامع الفصولين .
قلت : ووجه كون الكفالة أول أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل ، بخلاف
الحوالة فإنه يثبت في ذمة المحال عليه وتثبت مطالبته أيضا فقد اتفق الشاهدان على ثبوت المدعى واستدراكه في أدب
الدين (قوله ومنها شهد أحدهما أنه وكله بطلاقها الخ) مكررة مع السادسة والعشرين ، لأن في كل منهما ثبت الوكالة
فيما اتفقا عليه لا فيما اختلفا فيه لقبول الوكالة التخصيص كما قدمناه (قوله وهي فيه) أي هذه المسألة في جميع
الفصولين (قوله تقبل في الوكالة لا في العزل) فهي نظير ما لو شهدا بالف و زاد أحدهما أن المطلوب قضاءه من
خمسائة والطالب ينكر (قوله عوضا عن الدستين) بالبدال والسين المهملتين وفي أكثر النسخ الاستبان بالألف
واللام قبل السين : والذي في جامع الفصولين : هو الأول وهو ما يدفعه الزوج للمرأة لأجل الجهاز ، وتقديم بيانه في باب
المهر (قوله لأن كل بائع الخ) أي الزوج هنا باعها الدار بالدستين ط (قوله وشهد بالعتق) الأولى لإسقاط الواو
كما رأيت مصلحا في نسخة جامع الفصولين ، فيكون جوابا لما ، وهو أول من جعل جوابها قوله فاختلف لأن
اقتراح جوابها بالفاء قليل (قوله تقبل لانفاقهما) أي لأن كلا منهما شهد على القول ، لأن قول أحدهما دفعها
عوضا بمعنى باعها والآخر شهد على الإقرار بذلك والإقرار بالبيع يصلح لإنشائه وبالعكس . قال في جامع الفصولين
ادعى شراء وشهد أحدهما به والآخر أنه أقرب تقبل لأن لفظ الشراء يصلح للإقرار وللإنشاء فقد اتفقا على أمر
واحد ، ثم قال : لو ادعى النصب وشهد أحدهما به والآخر بالإقرار به لا تقبل له أي لأن أحدهما شهد بفعل
والآخر بقول .

(۱) (قوله تقبل في الحوالة) كذا بخطه : والذي في نسخ لأشراح تقبل في الكفالة . ويؤيد قوله بعد ذلك قلت ووجه كون
الكفالة أول الخ تأمل اه مصححه .

[فی الأشیاء : السکوت کالنطق فی مسائل] عندها سبعة وثلاثین :

مطالب المواضع التي يكون فيها السكوت كالقول

(قوله عد منها سبعة وثلاثين) ١ سكوت البكر عند استئجار ولها قبل التزويج ٢ سكوتها عند قبض مهرها ٣ سكوتها إذا بلغت بكرا فلا خيار لها بعده ٤ حكفت أن لا تزوج فزوجها أبوها فسكت حثت ٥ سكوت المصدق عليه قبول لا الموهوب له ٦ سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المصدق عليه إذن ٧ سكوت الوكيل قبول ، ويرتد برده ٨ سكوت المقر له قبول ويرتد برده ٩ سكوت المقوض إليه القضاء أو الولاية قبول وله رده ١٠ سكوت الموقوف عليه قبول ويرتد برده ، وقيل لا ١١ سكوت أحد المتبايعين في بيع الطلعة حين قال صاحبها قد بدلي أن أجمعه بيعا صحيحا . والتالفة أن يتواضعا على إظهار البيع عند الناس لكن بلا قصد ١٢ سكوت المالك القديم حين قسم ماله بين الغائمين رضا ١٣ سكوت المشتري بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشترى يسقط الخيار بخلاف سكوت البائع بالخيار ١٤ سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع إذن بقبضه صحيحا كان البيع أو فاسدا ١٥ سكوت الشئ حين علم بالمبيع ١٦ سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشترى إذن في التجارة : أي فيما بعد ذلك التصرف لافيه ١٧ لو حلف المولى لا يأذن له فسكت حثت في ظاهر الرواية ١٨ سكوت القن وانقياده عند بيعه أو رهنه أو دفعه بجنابة إقرار برقه إن كان يعقل ، بخلاف سكوته عند إجارته أو عرضه للبيع أو تزويجه أي لأن الرهن محبوس بالدين ويستوفى منه عند الهلاك فصار كالبيع ١٩ لو حلف لا ينزل فلانا في داره وهو نازل في داره فسكت حثت ، لا لو قال أخرج منها فأبي الخروج فسكت أي لأن النزول مما يمتد فلدوامه حكم الابتداء ، بخلاف الخروج فإنه الانفصال من داخل إلى خارج ٢٠ سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتنهت إقرار به فلا يملك نفقه ٢١ سكوت المولى عند ولادة أم ولده إقرار به أي بخلاف سكوته عند ولادة فته ٢٢ السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب رضا بالعيب إن كان المخبر عدلا لا لو فاسقا عنده ، وعندهما رضا ولو فاسقا ٢٣ سكوت البكر عند إخبارها بتزويج الولي على هذا الخلاف ٢٤ سكوته عند بيع زوجته أو قريبه عقارا إقرار بأنه ليس له على ما أفق به مشايخ مرقند خلافا لمشايخ بخاري فليظن المفق أي لاختلاف التصحيح كما سيذكره الشارح ، لكن المتن على الأول فقد منى عليه في الكنز والمثلث آخر الكتاب في مسائل شتى ، واحتراز بالبيع عن نحو الإجارة والرهن ٢٥ وآه يبيع عرضا أو دارا فنصرف فيه المشتري زمانا وهو ساكت تسقط دعواه أي أن الأجنبي كالجار مثلا لا يعمل سكوته مسقطا لدعواه بمجرد رؤية البيع ، بل لا بد من سكوته أيضا عند رؤيته تصرف المشتري فيه زرعها وبناء ، بخلاف الزوجة والقریب ، فإن مجرد سكوته عند البيع يمنع دعواه ٢٦ أحد شريك العنان قال للأخر إني اشتري هذه الأمة لنصي خاصة فسكت الشريك لأنكون أريد شراءه لنفسه فشراءه كان له ٢٨ سكوت ولي الصبي العاقل إذا رآه يبيع ويشترى إذن ٢٩ سكوته عند رؤية غيره يشق زفه حتى سال ما فيه رضا لكن اعترض بما في الأشياء أيضا : لو رأى غيره يطف ماله فسكت لا يكون إذن بإطلاقه ٣٠ سكوت الخائف لا يستخدم مماوكة إذا خدمه بلا أمره ولم ينه حثت ٣١ دفعت في تجهيزها لبنها أشياء من أمتعة الأب وهو ساكت ليس له الاسترداد ٣٢ أنفقت الأم في جهازها ما هو معناه فسكت الأب لم تضمن الأم ٣٣ باع جارية وعليها حل ولم يشترط ذلك للمشتري لكن تسلمها وذهب بها والبائع ساكت كان بمنزلة التسليم فكان الحل له ٣٤ القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة نطقه في الأصح ٣٥ سكوت المذمي

قلت : وزاد في تنوير البصائر سائلين : [الأولى] مسألة السكوت في الإجارة قبول ورضا ، وكقوله لساكين داره أسكن بكذا وإلا فانتقل فسكت لزبه المسمى وذكره المؤلف في الإجارة :

[الثانية] سكوت المودع قبول دلالة : قال المؤلف في بحره : سكوته عند وضعه بين يديه فإنه قبول دلالة اه : [وزاد عليها في زواهر الجواهر مسائل] منها عند قوله الرابعة والعشرون سكوته عند بيع زوجته ، فقال : وكذا سكوتها عند بيع زوجها لما في البرازية : الفتوى على عدم سماع الدعوى في القريب والزوجة اه وصحح قاضيخان أنها تسمع فليأمل عند الفتوى .

قلت : وزاد ما في مفرقات التنوير من سكوت الجار عند تصرف المشتري فيه زرعاً وبناءً وعزياًه للبرازي وهكذا ذكره في تنوير البصائر معزياًه إليها ، فالعجب من صاحب الجواهر الزواهر كيف ذكر صدر كلام البرازية وترك الآخر :

عليه ولا عذر به إنكار ، وقيل لا وبجس : أي قبل لا يكون إنكاراً ولا إقراراً فيحبس عند الثاني ، كما لو قال لأقر ولا أنكر وبه أفتى صاحب البحر ٣٦ سكوت المزكي عند سؤاله عن الشاهد تعديل ٣٧ سكوت الرهن عند قبض المرتين العين المرهونة اه . لمخصاً مع زيادات (قوله وزاد في تنوير البصائر) أي حاشية الأشباه والنظائر للشرف الغزالي (قوله كقوله لساكين داره) أي ساكنها بإعارة أو غصب مثلاً (قوله وذكره المؤلف) أي مؤلف الأشباه (قوله قال المؤلف الخ) بيان لقوله سكوت المودع (قوله فإنه قبول دلالة) أي فيضمن بأنه مسمى (قوله سألوه) أي قول صاحب الأشباه (قوله لما في البرازية) أي في آخر الفصل الخامس عشر من كتاب الدعوى : إذا باع عقاراً وأمرأته أو ولده حاضر ساكت إلى أن قال بعد حكايته اختلاف الفتوى مانصه : وفي المعاري : يتأمل المفتي في ذلك ، فإن رأى المدعى الساكت الحاضر ذاحيلة أفتى بعدم السماع ، لكن الغالب على أهل الزمان الفساد فلا يفتي إلا بما اختاره أئمة خوارج اه (قوله في القريب والزوجة) على تقدير مضاف : أي في حضوره كما يعلم مما نقلناه عن البرازية فافهم (قوله فليأمل عند الفتوى) أي بسبب اختلاف التصحيح بأن ينظر في المدعى هل هو ذو حيلة أولاً ، لكن قدسنا أن المتون على عدم السماع ؛ ووجهه ما نقلناه آنفاً عن البرازية من غلبة الفساد .

قلت : لكن لا يلزم من غلبة الفساد أن لا يوجد من يعلم حاله بالصلاح وعدم التزوير تأمل (قوله من سكوت الجار عند تصرف المشتري) أي وعند البيع ، فسكوته عند البيع فقط لا يمنع دعواه ، بخلاف الزوجة والقريب كما قدسناه ، وليس لهذا مدة محدودة . وأما عدم سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة إذا تركت بلا عذر فذلك في غير هذه الصورة مع أنه منع سلطان فيكون القاضي معزولاً عن سماعها ، ولولا ذلك لمنع تسمع الملم بمض ثلاث وثلاثون سنة على ما نقله في الفواكه البديرة عن الميسوط من عدم سماعها إذا تركت هذه المدة بلا عذر كما أوضحته في تنقيح الحامدية ، ثم إن من لم تسمع دعواه لمنع لا تسمع دعوى وارثه بعده كما في البرازية وغيرها (قوله وعزياًه للبرازي) أي عزى ما في مفرقات التنوير (قوله فالعجب من صاحب الجواهر الزواهر الخ) أي الشيخ صالح ابن صاحب تنوير الأبصار .

والحاصل أنه في البرازية ذكر أولاً المسألة السابقة آنفاً ، ثم ذكر هذه . ثم إن صاحب زواهر الجواهر أراد الاستدراك على الأشباه بزيادة صور أخرى فنقل عن البرازية المسألة الأولى وترك هذه مع أنها مذكورة في البرازية فكانه نظر إلى أول العبارة وترك آخرها :

قلت : لا عجب أصلاً ، بل إنما ترك هذه لكونها مذكورة في الأشباه فلنأخذ المسألة الخامسة والعشرون ، والمنه ود

ومنها لو تزوجت من غير كفء فسكت الولي حتى ولدت كان سكوته رضا زيلعي .
ومنها ما في المحيط : رجل زوج رجلا بغير أمره فهناه القوم وقبل التهنة فهو رضا ، لأن قبول التهنة دليل الإجازة .

ومما أن الوكالة تثبت بالصریح ، ولذا قال في الظهيرية . لو قال ابن العم للسكينة إني أريد أن أزوجه من نفسي فسكتت فزوجها جاز ، ذكره المؤلف في بخره من بحث الأولياء .

ومما سكوت أهل العلم والصلاح في التعديل كما في شهادات البحر : قال : ويكتفى بالسكوت من أهل العلم والصلاح فيكون سكوته تزكية للشاهد ، لما في الملقط : وكان الليث بن مساور قاضيا فاحتاج إلى تعديل وكان المزكي مريضا فعاده القاصي وسأله عن الشاهد فسكت المعدل ثم سأله فسكت ، فقال أسألك ولا تجيبني ؟ فقال المعدل : أما يكفيك من مثلي السكوت .

قلت : قد عد هذه في الأشياء معزبا لشهادات شرحة فكيف تكون زائدة ، نعم زاد تقييده بكونه من أهل العلم والصلاح فعدها من الزوائد .

ومما لو أن العبد خرج لصلاة الجمعة فرآه مولا فسكت حل له الخروج لها ، لأن السكوت بمنزلة الرضا في حمة البحر .

ومما ما في الفتن بعد أن رقم بعلامة (قع عت) ولو زفت إليه بلا جهاز فله أن يطالب بما يثبت إليها من الدنانير وإن كان الجهاز قليلا فله المطالبة بما يثبت بالمبعوث في عرفهم (نيج) يفتى بأنه إذا لم تجهز بما يثبت فله استرداد ما يثبت

الزيادة على الأشياء (قوله لو تزوجت من غير كفء الخ) هذه مبنية على ظاهر الرواية ، وأما على رواية الحسن الملقى بها فلا ينعقد النكاح ط (قوله لأن قبول التهنة دليل الإجازة) أي دليل على أن سكوته وقت التزويج كان رضا وإجازة ، وبهذا يظهر أنه لا يلزم أن يكون قبول التهنة بدون قول فافهم (قوله ومنها أن الوكالة تثبت بالصریح الخ) الأول أن يقول تثبت بالسكوت كما تثبت بالصریح . وفي نسخة : كما تثبت بالصریح تثبت بالسكوت وهي أوضح ، والمراد بالوكالة التوكيل كما يفيد التثليل ، وإلا فقد عد من جملة المسائل المازية عليها وهو السابع منها سكوت الوكيل قبول ، والمراد به التوكيل لا التوكيل تأمل (قوله فكيف تكون الخ) اختلفت النسخ في هذه العبارة . فالذي في أغلب النسخ : فكيف يكون أن فيه تقييده بكونه من أهل العلم والصلاح فعدها من الزوائد ، وفي بعضها لكون باللام ونعدها بالنون بدل الفاء ، ومله فقوله لكون حلة نقوله نعدها ، والمعنى كيف نعدها من الزوائد لأجل كونه قيد المزكي بكونه من أهل العلم والصلاح .

وحاصله الاعتراض على صاحب زواهر الجواهر بأن قول الأشياء سكوت المزكي عند السؤال عن الشاهد تعديل مقيد بكونه من أهل العلم والصلاح فلا يكون بزيادة هذا القيد ، زاد عليه مسألة أخرى . وفي بعض النسخ : فكيف تكون من الزوائد ، إلا أن يقال فيه تقييده بكونه من أهل العلم والصلاح فعدها من الزوائد عليه فهو اعتذار لاعتراض (قوله بعلامة قع عت) الأول بالقاف والعين المهملة رمز للقاضي عبد الجبار ، والثاني بالعين المهملة والتاء رمز لعلاء الدين التبرجاني إله (قوله من الدنانير) أي إلقى ويعني الزوج إلى أبي الزوجة بمقابلة الجهاز ، وهي المسماة في عرفهم بالدستجان كما قدمناه ، وقدمنا تحقيقه في باب المهور واختلاف التصحيح والتوفيق بين ما إذا كان من جملة المسمى في المهر أو كان المسمى غيره ، ففي الثاني له المطالبة بالجهاز لأن الأول فافهم (قوله نيج) بالنون والجيم كما رأيت في نسخة مصححة من الفتن ، وهو رمز لنجم الأئمة الحكيم ،

والمعتبر ما يتخذ للزوج لا ما يتخذ لها ، ولو سكنت بعد الزفاف زمانا يعرف بذلك رضا لم يكن له أن يخاصم بعد ذلك وإن لم يتخذ له شيء .

ومنها إذا أبرأه فسكت صح ، ولا يحتاج إلى قبول هكذا ذكره البرهان في الاختيارات في كتاب الإقرار . ومنها سكوت الزامن عند بيع المرتن الرهن يكون مبالا في إحدى الروايتين ذكره الزبائي وغيره ، وهي تعلم من الأشياء أول القاعدة ، الحمد لله العزيز الوهاب ، وهو أعلم بالصواب : [قول الأشياء بخلف المسكر في إحدى وثلاثين مسألة بينها في الشرح] قال الشيخ ثرف المبر في حديثه عليه السلام بتقوير البصائر على الأشياء والنظار .

أقول : قال في شرحه الحال عليه : ثم أعلم أن المصنف اقتصر على عدم الاستحلاف عنده على الأشياء التسعة : وفي الخاتمة أنه لا يستحلف في إحدى وثلاثين خصلة بعضها مختلف فيه وبعضها متفق عليه ، وذكر سردا اختصار التسعة .

وبعد هذا الرمز يفتي بأنه . ويوجد في بعض نسخ الشارح فتح بالقاء والحاء وبعده يفتي بخارخ عني ودون ذلك (قوله ولو سكنت الخ) هو المقصود من ذكر هذه المسألة (قوله ومنها إذا أبرأه فسكت) أطلقته لتشمل سائر الديون ، وقيد في مديونات الأشياء نفلا عن البائع بغير بدل الصرف والسلام ، ففيهما يتوقف على قول : أي لأن الإبراء عنها يوجب انقضاء عقدهما فلا ينفرد أحد المتعاقدين به لأنه يوجب فوات انقضاء المستحق . وزاد الحموي ثالثة ، وهي ما لو أبرأ الطالب الأصيل فإنه يتوقف على قبوله أو موافقه قبل قبول لأنه قول حكيم (قوله وهي تعلم من الأشياء) حيث قال : ولو رأى المرتن الراهن يبيع الرهن لا يبطل الرهن ولا يكون رضا في رواية اه قال الزبلي : والمذهب ما روى الطحاوي عن أصحابنا أنه رضا ويبطل الرهن اه من حاشية الفثال .

قال ح : وأعلم أن البائع في عبارة الأشياء هو الزامن وفي عبارة الشارح هو المرتن كذا لا يفتي ، لكن الحكم لا يختلف لما يأتي أن الرهن لا يبيده أحدهما إلا برضا الآخر اه .

[تمة] زاد بعضهم ما إذا استأجر أحد الوصيين أو أحد الورثة بمحضرة الوصيين من يحمل الجنازة إلى المقبرة والآخر حاضر ساكت والسكوت على البدعة والمنكر فإنه رضا أي مع القدرة على الإزالة وإكفائه الإنكار بالذهب ومالو أوصى لرجل فسكت في حياته فلما مات باع الوصي بعض التركة أو تقاضى دينه فهو قبول للوصاية كما عزاه الحموي إلى معين الحكام . وزاد البري : ما لو غزات امرأته قطنة أو نسجت غزله ليس له تضمينها قيمته محالوجا أو مغزولا وبعد سكوته رضا ، وكذا لو عجن العجين أو أضحج شاة فجاء إنسان وخبره أو ذبحها يكون السكوت كالأمر دلالة (قوله قول الأشياء بخلف المنكر في إحدى وثلاثين) صوابه لا يخاف كما يوجد في بعض النسخ ، وفي بعضها بخلف المسكر إلا في إحدى وثلاثين (قوله بينها في الشرح) أي في البحر .

مطلب في المواضع التي لا يخاف فيها المنكر

(قوله على الأشياء التسعة) بتقديم المثناة على السين كأنني بعدها اه ح وهي ماسياني في كتاب الدعوى من قوله ولا تخلف في نكاح أنكروه هو أو هي ورجمة جرحها هو أو هي بعد عدة وفي إبله أنكروه أحدها بعد المدة واستيلاء تدعيه الأمة ورق نسب وولاء ، بأن ادعى على مجهول أنه قته وأبنته وبالعكس ، وجد ولعان . والحاصل أن المفتي به التحليف في الكل إلا في الحدود اه : وأفاد أن ما ذكر من عدم التحليف في هذه التسعة .

وفي تزويج البنت صغيرة أو كبيرة . وعندها يستحلف الأب في الصغيرة .
وفي تزويج المولى أمته خلافا لها .

وفي دعوى الدائن الإيصاء فأنكره لا يحلف :

وفي دعوى الدين على الوصي وفي الدعوى على الوكيل في المسائلين كالوصي :

وفيها إذا كان في يد رجل شيء فادعاه رجلان كل أحشى منه فأقر به لأحدهما وأنكر للآخر لا يحلفه ، وكذا لو أنكرها فحلف لأحدهما فنكل وقضى عليه لم يحلف للآخر :
وفيها إذا ادعى الحبة مع التسليم من ذي اليد فأقر لأحدهما لا يحلف للآخر ، وكذا لو نكل لأحدهما لا يحلف للآخر .

وفيما إذا ادعى كل منهما أنه رهنه وقبضه فأقر به لأحدهما أو حلف لأحدهما فنكل لا يحلف للآخر .

وفيما إذا ادعى أحدهما الرهن والتسليم والآخر الشراء فأقر بالرهن وأنكر البيع لا يحلف للمشتري (١) .

وإن ادعى أحد هذين الإجارة والآخر الشراء فأقر بها

عن قول الإمام خلاف المقتضى به (قوله وفي تزويج البنت) عطف على التسعة أي وذكر عدم الاستحلاف في تزويج البنت أحر أي إذا ادعى عليه أنه زوجته ابنته صغيرة أو كبيرة ، وهي مسألة واحدة وإلا زادت على التسعة . وأما قوله وعندها يستحلف الأب في الصغيرة) يوجد في بعض النسخ لا يستحلف ، والذي في الأصول هو الصواب (قوله وفي دعوى الدائن الإيصاء) أي دعواه على رجل أنك وصي الميت فادفع لي ديني من تركته (قوله وفي دعوى الدين على الوصي) أي دعواه على الوصي الثابت وصايته بأن لي على الميت كذا ولا يهية المدعي فلا يحلف الوصي إذا أنكر الدين (قوله في المسائلين كالوصي) أي إذا ادعى الدائن على الوكيل المؤكدة فأنكرها أو ادعى عليه الدين وهو ثابت الوكالة فأنكره ، ففي المسائلين لا يحلف كالوصي فيهما (قوله كل اشترى منه) أي ادعى كل منهما أنه اشترى منه ذلك الشيء ، وعبرة البحر الشراء بالمد (قوله لا يحلفه) لأنه لما أقر به لأحدهما صار له فإذا نكل عن اليمين لا يصير للآخر فلا يحلف لعدم الفائدة (قوله لو أنكرها) أي أنكر دعواه (قوله فحلف لأحدهما) بتشديد اللام مبنيا للمجهول : أي طلب القاضي تحليف أحدهما (قوله لم يحلف للآخر) لأن نكوله بمنزلة إقراره به للأول (قوله وفيها إذا ادعى كل منهما أنه رهنه وقبضه) أي ادعى كل منهما أن ذا اليد رهن عندي هذا الشيء وقبضته منه (قوله فأقر بالرهن وأنكر البيع بالخ) أما لو أقر بالبيع وأنكر الرهن ، فالظاهر أنه لا يحلف بالأولى ، لأنه لما أقر بالبيع صار ملك المشتري فلا يملك الإقرار بعده بالرهن ، لأنه إقرار على الغير . وفائدة التحليف النكول الذي هو بمنزلة الإقرار (قوله لا يحلف للمشتري) لعل وجهه أنه لو طلب تحليفه فنكل حتى صار لكوله إقرارا بالبيع لا يكون له فائدة ، لأن المرتين يمكنه فسخ البيع (٢) وكذا يقال في المسألة بعده ، ولكن هذا بناء على القول بأن المرتين والمستأجر فسخ البيع ولكن المعتمد خلافه ، وإنما لما حبس الرهن والمأجور تأمل (قوله فأقر بها) أي بالإجارة . وفي بعض فأقر بها : أي بالرهن في الصورة

(١) قوله الشارح لا يحلف للمشتري أي لعدم الفائدة لأن المقصود من الإيداع إنما هو الانتفاع بها ، وهو غير ممكن لاستحقاق الرهن الحبس بالإقرار السابق وإقرار المدعي عليه بالفناء لا يسرى على المرتين ، وكذا المستأجر ، بل إقراره يقتصر على ما يملكه الآن وهو العين ، والمراد بإقرار المدعي عليه فنكله إذ فنكله إقراره .

(٢) (قوله لأن المرتين يمكنه فسخ البيع) فيه نظر ، إذ بمجرد ملك المرتين أو المستأجر فسخه لأنتفان الفائدة ، إذ يعتدل أنه لا يستحقان فسخه لفائدة (يمكن التحليف احتمال العدالة فينبى الرجوع إلى ما كتبناه من قول الشارح لا يحلف للمشتري .

وأنكره لأجل مدعيه ويقال لمدعيه إن شئت فانتظر انقضاء المدة أوفك الرهن : وإن شئت فافسخ .
وفيا إذا ادعى أحدهما الصدقة والقبض والآخر الشراء فأقر لأحدهما لا يحلف .

وفيا إذا ادعى كل منهما الإجارة فأقر لأحدهما أو نكل لا يحلف ، بخلاف ما إذا ادعى كل منهما على ذي اليد
النصب منه فأقر لأحدهما أو حلف لأحدهما فنكل يحلف للثاني ؛ كما لو ادعى كل منهما الإيداع فأقر لأحدهما يحلف
لثاني ، وكذا الإجارة ويحلف ماله عليك كذا ولا قيمته وهي كذا وكذا .

وفيا إذا ادعى البائع رضا الموكل بالعيب لم يحلف وكيهله :
وفيا إذا أنكر توكيله له بالنكاح .

وفيا إذا اختلف الصانع والمستصنع في المأمور به ليعين على واحد منهما ، وكذا لو ادعى الصانع على رجل أنه استصنعه
في كذا فأنكر لا يحلف :

الحادية والثلاثون - لو ادعى أنه وكيل عن الغائب بقبض دينه وبالحصومة فأنكر لا يستحلف المدعيون على قوله
خلافا لها ، هكذا ذكر بعضهم : وقال الحلواني : يستحلف في قولهم جميعا اهـ . وبه علم أن ما في الخلاصة تساهل
وقصور حيث قال : كل موضع لو أقر لزمه إذا أنكره يستحلف إلا في ثلاث :

الأولى وبالإجارة في هذه ، والأولى أولى (قوله وأنكره) أي أنكر البيع (قوله ويقال لمدعيه الخ) أي ما عني
أشراء في صورتين ، وهذا إذا أثبت الشراء ، وإلا فافائدة هذا القول ، لكن فيه أن الكلام فيا إذا أنكر
وليس للمدعي بيته لأن طلب التحليف عند العجز عن البيته : إلا أن يقال وجد بيته بعد (قوله أوفك الرهن)
يعطوف على انقضاء ، وفيه لف ونشر مشوش (قوله فأقر لأحدهما لا يحلف) لأن كلا منهما يدعي الملك ، فإذا
أقر به لأحدهما ثبت ، ولا يصدق بعده بنكوله ، فلا قائده في التحليف (قوله أونكل) لأنه بمنزلة الإقرار (قوله
العصب منه) أي من المدعي (قوله يحلف للثاني) لأنه لو أقر للثاني بالنصب يؤاخذ به لأنه إقرار على نفسه
فيحلف رجاء نكوله ، لكن يلزمه للثاني ضمان المنصوب بالمثل أو القيمة لارد عين ما في يده ، لأنه صار للأول
فلا يملك إخراجها عنه ، وكذا يقال فيها بعده (قوله كما لو ادعى الخ) لأنه بإنكار الوديعة أو العارية صار غاصبا
(قوله ويحلف ماله عليك كذا ولا قيمته) أي يحلف في مسألة العصب وما بعدها ، لما علمت من أنه بالإنكار
يصير غاصبا (قوله ولا قيمته وهي كذا وكذا) الظاهر أن المراد التحليف على مقدار القيمة إذا ادعى أنها أقل ،
لأنه لما أقر به للأول وثبت له لا يمكنه تسليمه للثاني لو أقر له به أيضا بالنكول فيكون الواجب القيمة وإن لم يقل
وقيته فتأمل (قوله وفيا إذا ادعى البائع رضا الموكل الخ) أي لو باع لوكيل رجل بالشراء ثم أراد الوكيل
رده عليه يعيب فادعى البائع على الوكيل أن الموكل رضى بالعيب لم يحلف الوكيل وهو المشتري . ويحتمل أن يراد
ما إذا أراد الموكل رده يعيب فادعى البائع على الموكل أنك رضيت بالعيب ، وكان ينبغي أن يعدها صورة أخرى
مع أنه في الخلاصة جعلهما صورتين كما يأتي (قوله وفيا إذا أنكر توكيله له بالنكاح) أي لو زوج رجلا فأنكر
توكيله لأنه في الحقيقة إنكار للنكاح وقد مر (قوله ليعين على واحد منهما) لأنه لو عمل ما اتفقا عليه فللمستصنع
أخذه وتركه كما هو مذكور آخر السلم ، فمن باب أولى إذا احتفظا (قوله لا يستحلف المدعيون) لأنه لو نكل
يلزمه الدفع وهو ضرر به ، إذ قد يصدق الموكل الوكيل عند حضوره فيضرب عليه ما دفعه إن هلك عند الوكيل
من غير تعدد كما يعلم من باب الوكالة بالحصومة ط (قوله انتهى) أي ما في الخاتمة (قوله وبه علم الخ) من كلام
الشرح المحال عليه وهو البحر (قوله تساهل وقصور) لاقتصاؤه على استثناء ثلاث ط وهذه الثلاث تقدمت

منها الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشتري عيبا فأراد أن يردّه بالعيب وأراد البائع أن يحلفه بالله ما يعلم أن الموكل رضى بالعيب لا يحلف ، فإذا أقر الوكيل لزمه ذلك ويبطل حق الرد .
الثانية لو ادعى على الأمر رضاه لا يحلف ، وإن أقر لزمه .
الثالثة الوكيل يقضى الدين إذا ادعى المديون أن الموكل أبرأه عن الدين وطلب بين الوكيل على العلم لا يحلف ، وإن أقر لزمه انتهى .

وزدت على الواحد والثلاثين السابقة : البائع إذا أنكر قيام العيب للحال لا يحلف عند الإمام ، ولو أقر به لزمه كما مر في خيار العيب . والشاهد إذا أنكر رجوعه لاستحلف ؛ ولو أقر به ضمن ما تلتف بها ، والسارق إذا أنكرها لا يستحلف للقطع ، ولو أقر بها قطع وكذا قال الإسيجاني ، ولا يستحلف الأب في مال الصبي ولا الوصي في مال اليتيم ولا المتولي للمسجد والأوقاف إلا إذا ادعى عليهم العقد فيحلفون حينئذ انتهى .
قلت : وزدت على ما ذكره مسائل :

الأولى : لو ادعى على رجل شيئا وأراد استحلافه فقال المدعى عليه هو لابني الصغير فلا يحلف . وفي فتاوى الفضلي : عليه العيمين في قولهم جميعا ، فإذا استحلف فتكفل

الأولى منها فقط في المسائل المارة (قوله فإذا أقر الوكيل) أي برضا الموكل ط (قوله الثانية لو ادعى على الأمر رضاه) أي رضا الأمر فافهم . وصورتها اشترى الوكيل شيئا فظهر به عيب فأراد الأمر أن يردّه بالعيب فادعى البائع على الأمر أنك رضى بالعيب لا يحلف الأمر أي لأن الزد به ثبت للوكيل مادام حيا ولوصيه من بعده لا للموكل كما أوضحه في شرح الوهبانية ، وتام الكلام على هذه الصورة فيه فراجعه (قوله وإن أقر لزمه) أي رضى الوكيل لإقراره : أي مقتضى إقراره وهو ترك الخصمة معه ، وليس المراد أنه يلزم الموكل ما أقر به وكيله فإنه قد ومنه في نور العين (قوله وزدت على الواحد والثلاثين السابقة) هذا من كلام البحر وهو عجيب ، فرب ما نقله عن الخلاصة من المسائل الثلاث فيه مسائلتان وهما الثانية والثالثة لم يذكرهما في المسائل السابقة فتصير المسائل ثلاثة وثلاثين (قوله البائع إذا أنكر قيام العيب للحال) أي لو ادعى المشتري إبقاء العيب مثلا لم يحلف بالله على أنه لم يأت عند المشتري حتى يبرهن المشتري لتتوجه الخصومة على البائع ، فإن برهن يحلف البائع بالله ما أتى عندك (قوله ولو أقر به) أي بقيام العيب للحال أي بأنه أتى عند المشتري لزمه إقراره أي حكم إقراره ، وهو أنه صار خصما حتى يحلف على أنه ما أتى عندك أيضا ، وليس المراد أنه بمجرد إقراره بأبائه عند المشتري يلزمه لأنه لا بد من وجوده عند البائع أيضا حتى يثبت الرد (قوله كما مر في خيار العيب) أي مر في البحر فإنه ذكر هذه المسائل في كتاب الدعوى لاهنا (قوله ضمن ما تلتف بها) أي بشهادته (قوله والسارق إذا أنكرها) أي أنكر السرقة (قوله لا يستحلف للقطع) قيد به لأنه يستحلف لأجل إثبات المال كما مر عن عصام حين سأله أمير بلخ عن سارق ينكر فقال عصام عليه العيمين (قوله وكذا قال الإسيجاني) عبارة البحر : وذكر الإسيجاني (قوله ولا يستحلف الأب إلى الخ) أي لو جنى الصبي جنابة فأنكر أبوه أو وصيه ، أو ادعى أحد جدار المسجد أو الدار الموقوفة ، وأنه أنفق على الوقف شيئا بإذن المتولي السابق (قوله إلا إذا ادعى عليهم العقد) بأن ادعى على أحدهم أنه أجر كذا من مال الوقف أو الصبي مثلا وأنكر فإنه يحلف لمن ادعى الاستيجار ط (قوله انتهى) أي ما في الشرح المحال عليه ط (قوله قلت) من كلام الشرف القرظي ط (قوله وفي فتاوى الفضلي الخ) الذي يظهر خلافه ، ولذا قدمه الشارح وجزم به غير واحد في باب الإقرار اهـ سألته :

والمدعی أرض يقضى بالأرض المدعی ثم ينتظر بلوغ الصبی، إن صدق المدعی كان كما قال، وإن كذبه ضمن الولد قيمة الأرض، وتؤخذ الأرض من المدعی وتدفع للصبی، وهذا بمنزلة ما لو أقر الغائب لم يظهر جرحه ولا تصديقه لانسقط عنه اليمين فكذا هنا.

قلت: وعلى الأول رجوع هذه إلى قول المصنف: ولا يستحلف الأب في مال الصبی، لأنه لما أقر بها للصبی ظهر أنها من ماله وفيه تأمل:

الثانية - لو اشترى دارا فحضر الشفع فأنكر المشتري الشراء. قال في النوازل: ولو أن رجلا اشترى دارا فحضر الشفع فأنكر المشتري الشراء أو أقر أن الدار لابنه الصغير ولا بدنة فلا يمين على المشتري. لأن داره الإقرار لابنه فلا يجوز الإقرار لغيره بعد ذلك:

الثالثة - لو كان في بدرجل غلام أو جارية أو ثوب ادعاه رجلان فقدماه إلى القاضي وأقر به لأحدهما ثم أراد الآخر تحليفه، فإن ادعى ملكا مرسلًا أو شراء من جهته لم يكن له أن يحلفه، فإن ادعى عليه نصبت له تحليفه، لأنه لو أقر بالنصب يجب عليه الضمان، كذا في النوازل:

الرابعة - لو اشترى الأب لابنه الصغير دارا ثم احتلف مع الشفع في مقدار الثمن والقول لأب اليمين كما في كثير من كتب المذهب:

قلت: وفي الأشباه من فن الحيل: إذا ادعى عليه شيئا باطلا وخبره مع اليمين أن يقر به لاسه أو لاسي، وفي الثاني خلافه ومقتضاه أنه لا خلاف في الأول، وهو بيان لقول القاضي عليه السلام في قوسه جميعا وذكر في جامع الفصولين أن بعض المشايخ سوا ابن الصغير والأجنبي دفعا للحيل، وبعضهم أرفق بينهما بأقرره للغائب يتوقف عمله على تصديقه، فلا يملك العين بمجرد الإقرار فلا تسقط ليمين. بخلاف إقراره لصغير (قوله والمدعی أرض) جلة حالية، والظاهر أنه غير قيد. وفي بعض النسخ أرضا. وفي بعضها: والمدعی عليه أرض وكلاهما تحريف (قوله ضمن الولد قيمة الأرض) أي للمدعی ادع (قوله وهذا بمنزلة ما لو أقر الغائب لم يظهر جرحه ولا تصديقه) جلة لم يظهر الخ حصة الغائب، وبوجوده في بعض النسخ. قوله لغائب ماضية أي رجل ادعى على آخر أن مافي يده ملكي فقال المدعی عليه هو لفلان الغائب مثلا لم يظهر جرحه ولا تصديقه، ولظاهر أنها هامش ألحقت بالأصل في غير محلها (قوله لانسقط عنه اليمين) أي فيحلف للمدعی، فإن نكل قضى به عليه وينظر قدوم الغائب فإن صدق المدعی فيها وإلا دفع له وضمن قيمته للمدعی ط (قوله قلت) من كلام الشرف النخعي (قوله وعلى الأول) أي القول بعد التحليف (قوله إلى قول المصنف) أي صاحب الأشباه وهو ما مر آنفا عن الإسماعيلي (قوله وفيه تأمل) لعل وجهه أن قول المصنف فيما تحقق أنه مال الصبی وهما لم يعرف أنه ماله إلا بإقرار الأب، ويمكن أنه أقر تحيلا لدفع الدعوى عنه ط (قوله فأنكر المشتري الشراء) يعني وأقر أنها لابنه كما ذكره عن النوازل، وإلا فجرد إنكار الشراء لا يدفع عنه التحليف بل يحلف، فإن نكل قضى بها عليه كما ذكره في كتاب الشفعة (قوله أو أقر أن الدار) الصواب المطف بالواو لا بأو ولما علمت وفي جامع الفصولين: ادعى شفعة بجوار فقال خصمه هذه الدار لابني هذا الطفل صح إقراره لابنه، إذ الدار في يده والبذل دليل الملك فكان مقرا على نفسه فصيح، وليس للشفيع تحليفه بالله أنا شفيهاه لأن إقرار الأب بالشفعة على ابنه لم يميز فلا يفيد التحليف، وهذا مع جلة الحيل في الخصومات، ولو برهن الشفع على الشراء كان الأب خصما لقيامه مقام الابن (قوله الثالثة) مكررة مع قول البحر. وفيها إذا كان في يد رجل شيء فادعاه رجلان كل الشراء منه، نعم في هذه زيادة الدعوى في الملك المرسل كما في الزواهر اه ح (قوله والقول للأب بلا يمين) لأن الثمن مال الصبی ولا يستحلف (٦٢ - حاشية ابن مابدين - ٤)

الخامسة - لو ادعى السارق أنه استهلك المسروق وروى المسروق أنه قائم عنده فالقول للسارق ولا يمين عليه . قال أبو الليث في الرأى : وسئل أبو القاسم عن السارق إذا استهلك المسروق بعد ما قطعت يده هل يقسم ، قال لا :

ويستوى حكمه فيما استهلكه قبل القطع وبعد القطع ، قيل له : فإن قال السارق قد هلك وقال صاحب المال لم تستهلك وهو قائم عنده هل يحلف ؟ قال يجب أن يكون القول قول السارق ولا يمين عليه :

السادسة - إذا ذهب رجل شيئاً وأراد الرجوع فادعى الموهوب له هلاك الموهوب فالقول قوله ولا يمين عليه كما في الخاتمة وغيرها :

السابعة - ادعى عليه أنك وصى فلان الميت فأنكر لا يحلف .

الثامنة - ادعى عليه أنك وكيل فلان فأنكر أنه وكيل فلان لا يحلف وها في البرازية .

التاسعة - قال الواهب اشتريت العوض وقال الموهوب له لم تشتريه فالقول له بلا يمين .

العاشر - اشترى العبد شيئاً فقال البائع أنت عجمور وقال العبد أنا مأذون فالقول له بدون اليمين .

الحادية عشر - إذا اشترى عبد من عبد فقال أحدهما أنا عجمور وقال الآخر أنا وأنت مأذون لنا فالقول له بلا يمين :

الثانية عشر - باع القاضى مال اليتيم فرده المشتري عليه بعيب فقال القاضى أبرأنى منه فالقول قوله بلا يمين وكذا لو ادعى رجل قبله إجارة أرض اليتيم وأراد تحليفه لم يحلفه ، لأن قوله على وجه الحكم ، وكذا في كل شيء يدعى عليه .

الثالثة عشر - لو طالب أبوا الزوج زوجها بالمهر فله ذلك لو صغيرة أو كبيرة بكرة ولو اختلف الأب والزوج في بكرتها ولا بينة الزوج والنفس من القاضى تحليفه على العلم بذلك : عن أبي يوسف أنه يحلف . وذكر الخصاف أنه لا يحلف كالوكيل يقبض الدين إذا ادعى المديون أن صاحب الدين أبرأه وأنكر الوكيل لا يحلف الوكيل وكذلك هنا وكذا في الظهيرية :

في مال الصبي كإمارة (قوله فالقول للسارق ولا يمين عليه) الظاهر أن عدم اليمين إذا كانت الدهوى بعد القطع ، أما لو كانت قبله فعليه اليمين ، لأنه لا يسقط تقويم المسروق إلا بالقطع فيكون قبله مضموناً عليه وإن سقط الضمان بالقطع بعد تأمل (قوله ويستوى حكمه) وهو عدم الضمان (قوله ما استهلكه قبل القطع) يعنى ثم قطع بعد الاستهلاك ، أما لو استهلكه ولم يقطع بعد بنى مضموناً عليه لعدم ما يسقط تقويمه (قوله فإن قال السارق قد هلك البع) هذا محل الاستدلال على المسألة وعبر بالهلاك مع أن الكلام في الاستهلاك لأنه لا فرق بينهما ولأنه لازم الاستهلاك (قوله ولا يمين عليه) لأنه ينكر الرد كما ذكره في كتاب الهبة ط (قوله السابعة) تقدمت هي والثامنة في جملة الإحدى والثلاثين المارة أفاده ح (قوله فالقول له بلا يمين) لأن الأصل في الهبة أن تكون بلا عوض ط (قوله فالقول له بدون اليمين) لعل وجهه أن إقدام البائع على بيعه اعتراف منه بالأذن فلا تسع دعوته لتناقضه ، وكذا يقال فيما بعده (قوله فقال القاضى أبرأنى منه) أي من ذلك العيب (قوله لأن قوله على وجه الحكم) فيه أن الحكم القولى يحتاج إلى الدهوى ، وظاهره كقول ط أن البيئة لا تقبل عليه (قوله لو كبيرة بكرة (۱)) أما لو كانت كبيرة ثيباً فإن الأب ليس له قبض نهرها من الزوج بلا إذنها (قوله على العلم بذلك) أى على أنه لا يعلم أنها ثيب

(۱) (قوله لو كبيرة بكرة) حكاه جملته ، ولفظ في نسخ الشارح لو صغيرة أو كبيرة بكرة فليبراه .

الرابعة عشر - اشترى أمة فادعى أن لها زوجا فقال البائع لما زوج عبدي فطلقها قبل البيع أو مات فالقول له بلا يمين ، كذا في السراجية ، والله تعالى أعلم : وهذا التحرير من خواص هذا الكتاب ، كذا في حاشية الأشباه لأشرف الفزري أيضا .

[قالت : وفي حاشيتها للشيخ صالح زاد سبعة آخر فنقول] . الحاشية عشر - لو طعن المدعى عليه في الشاهد وقال هو ادعى هذه الدار لنفسه قبل شهادته فأنكر فأراد تخليفه لا يحلف بجمع الفتاوى .

السادسة عشر - إذا كانت التركة مستغرقة بديون جماعة بأعيانها فجاء غريم آخر وادعى دينا لنفسه فأنكروا هو الوارث لكنه لا يحلف ، لأنه حينئذ لو أقر له لم يقبل فلم يحلف بجمع الفتاوى .

السابعة عشر - رجل له على رجل ألف درهم فأقر بها ثم أنكر إقراره هل يحلف بالله ما أقرت قال الدبوسي نعم وقال الصفار لا ، وإنما يحلف على نفس الحق بجمع الفتاوى .

الثامنة عشر - دفع لآخر مالا ثم اختلفا فقال قبضت وذبة وقال الدافع بل لمسك لا يحلف المدعى عليه . قال القاضي القول لرب المال لأنه أقر بسبب الضمان وهو قبض مال الغير بجمع الفتاوى :

التاسعة عشر - رجل قدم رجلا للقاضي وقال إن فلان بن فلان الفلاني توفي ولم يترك وارثا غيري وبه على هذا كذا وكذا من المال فأسكن المدعى عليه دعواه ، فقال الابن استحللته ما يملك ابني وأنه مات لم يحلف بل يبرهن الابن عليه ما ثم يحلفه على ما يدعى عليه من المال ، وقبل يستحلف على العلم ، الأول قول الإمام ، والثاني قولهما وقال الحلواني : الصحيح القول الثاني أنه يحلف ولو الجلبة .

العشرون - منها لو ادعى عليه ألف درهم فقال المدعى عليه للقاضي أنه قد كان ادعى على هذه الدعوى عند قاضي بلد كذا ثم خرج من دعواه ذلك فأبرأني عن هذه الدعوى فحلفه أنه لم يبرأني منها ؛ إن حلف حلفت له ماله على شيء ، اختلف فيه ، والصحيح أنه يستحلف على دعواه ولو الجلبة .
ومنها لو أن رجلا ادعى على رجل أنه خرق ثوبه وأحضر الثوب معه للقاضي وأراد استحلاله على السبب لا يحلف على السبب .

(قوله فادعى أن لها زوجا) أي أبردها على البائع بخيار العيب ، لأن ذلك ينقص عليه منفعة وهي استمتاعه بها (قوله وقال) أي المدعى عليه هو أي الشاهد (قوله فأقر بها) أي ادعى أنه أبربها (قوله وإنما يحلف على نفس الحق) أي لأنه قد يكون أقر كاذبا ، في إلزامه بالحلف على الإقرار لإضرار به ثم لا يخفى أنه لا فائدة في ذكر هذه المسألة لأنه يحلف اتفاقا ، وإنما الخلاف فيما يحلف عليه (قوله بل لنفسك) أي قرضا أو غصبا فهو مضمون عليك بالهلاك (قوله لا يحلف المدعى عليه) بل يكون القول للدافع ، فقله قال القاضي بيان حكم المسألة ط (قوله بل يبرهن الابن عليهما) أي على أنه ابنه وأن أباه مات (قوله وقبل يستحلف على العلم) أي على أنه ما يملك أبني وأنه مات (قوله الصحيح قول الثاني) في بعض النسخ القول الثاني وهي أولى ، لأن الثاني قولها لا قول أبي يوسف فقط وحيث كان الصحيح التحليف فلا فائدة في استثناء هذه المسألة وكذا التي بعدها (قوله ثم خرج من دعواه ذلك) أي من نفس دعواه ، بمعنى أنه تركها أو من مكان دعواه بذلك (قوله والصحيح أنه) أي مدعى المال يستحلف على دعواه : أي دعوى المدعى عليه أنه أبراه عن الدعوى كما يحلف على دعوى التحليف بجامع القصولين : أي على دعواه أن المدعى حلفت على هذه الدعوى عند فلان القاضي (قوله وأراد استحلاله على السبب) أي سبب الضمان وهو الخرق لا يحلفه على السبب بأن يقول والله ما خرقته لأنه قد يخرقه بإذنه أو على ملكه ثم يباعه له بخروفا

[فائدة] قلت : وبهذه مع ما قبلها صارت اثنين وخمسين فليحفظ ، وقد أفاد الإمام الحلواني أن الجتهالة كما تمنع قبول البينة تمنع الاستحلاف أيضا ، إلا إذا اتهم القاضي وصى اليقيم أو قيم . وقف ، ولا يدعى شيئا معلوما فإنه بحلف نظرا للوقت واليقين ، والله تعالى أعلم .
[قول الأشياء : القاضي إذا قضى في مجتهد فيه نفذ قضاؤه إلا في مسائل الخ] أى فينقض فيها حكم الحاكم ؛ قال ابن المصنف الشيخ صالح بن محمد بن عبد الله في حاشيته عليها المسألة بزواجر الجواهر في التفسير على الأشياء والظائر ، وقد ظفرت بمسائل آخر فزادتها تكميلا للفائدة ، وقسمتها على ثلاثة أقسام

ولابينة له ، بل يحلفه لأضيان له عليه بهذا الخرق أفاده ط (قوله فائدة) سقط من بعض النسخ وهو الظاهر (قوله) وبهذه مع ما قبلها صارت اثنين وخمسين (أقول : بل هي ثمانية وخمسون في الحائنة إحدى وثلاثون . وزاد في البحر ستة . وفي تنوير البصائر أربع عشرة . وفي الزواهر سبعة اهـ) :
قلت : بل هي ستون بزيادة الثانية والثالثة من المسائل الثلاث التي اقتصر عليهما في الخلاصة كما نبهنا عليه ، وعسالة الجتهالة الآتية تصير إحدى وستين . وزدت عليها ثمانى مسائل من جامع الفصولين الشاهد لو أنكر الشهادة لأخلف . المدعى عليه لو قال كذب الشاهد وأراد تحليف المدعى ما يعلم أنه كاذب لا يحلف ، ادعى عليه عتق أمته أو إيلاق زوجته قيل يحلف . وقبل لا فليتأمل عند الفتوى . ادعى امرأة وقال كل منهما تزوجتها فأقرت لأحدهما وأبكرت للآخر لا تخلف له وفاقا ، وكذا لو لم تقر ولكن حلفت لأحدهما فنكحت للآخر : بالغة زوجها وإياها فادعى الزوج رضاها وأبكرت لا تخلف : وكذا لو زوجها رجل لآخر ثم ادعت المرأة به فأنكر لا يخلف : ادعى كل منهما أنه في يده ولا بينة وأراد أحدهما تحليف الآخر بالله ما تعلم أنه في يده ، قيل يخلف ، وقبل لا اهـ فصارت تسعة وستين ، والحمد لله رب العالمين (قوله تمنع الاستحلاف أيضا) كالأولى إذا ادعى المودع على المودع خيانة مطلقا فإنه يحلفه كما في القنية . الثانية الرهن المجهول : الثالثة في دعوى النصب الرابعة في دعوى المارقة اهـ .

مطلب القاضي إذا قضى في مجتهد فيه نفذ قضاؤه إلا في مسائل

(قوله قول الأشياء القاضي إذا قضى الخ) عبارته مع زيادة تفسير للتوضيح : القاضي إذا قضى في مجتهد ، نفذ قضاؤه إلا في مسائل نص أصحابنا فيها على عدم النفاذ أو قضى ببطان الحق بمضى المدة أى خلافا لمن قال إذا لم يخاصم ثلاث سنين وهو في المصر بطل حقه ، لأنه قول مهجور فلا ينفذ قضاء القاضي فيه إذا رفع إلى آخر أبطله وجعل المدعى حل حقه كما في الحائنة .

قلت : والظاهر أنه ليس المراد من هذا القول بطلان الحق في الآخرة بل بطلان الدعوى به ، لكن كونه مهجورا ليس على إطلاقه ، بل هو معمول عندنا (۱) حيث قامت قرينة على بطلان الدعوى كما تقدم في مسائل السكوت من عدم سماع الدعوى إذا سكوت عندي بيع القريب أو أحد الزوجين ، أو سكوت مع الإطلاع على تصرف المشتري ، أو سكوت ثلاثا وثلاثين سنة مطلقا فتنبه لذلك قال أو بالتفريق للعجز على الإنفاق غالبا على الصحيح لاحضرا : أى فإنه إذا حكم شافى على الزوج الحاضر بالفرقة لعجزه عن النفقة فقد حكمه عندنا ، بخلاف الغائب لأن عجزه غير معلوم فلا ينفذ في الصحيح كما في الأخير له لظهور مجازفة الشهود ، وقد مر تمام الكلام على ذلك

(۱) (قوله بل هو معمول عندنا) حكاه بخطه : رحمه الله سقط من قوله كلمة به ما لم يحل من باب الخلاف والإيصال فليتأمل اهـ صحيحه .

فی الفقه فافهم قال أو بصحة نکاح مزنية أبيه أو ابنه لم یصح عند أبي یوسف أى لأن حرمة مصوص عليها فی الكتاب العزیز: لأن النکاح لغة الوطء: وعند محمد یفقد: لأن هذا النص ظاهر والتأویل فيه سائغ. قال أبو بصحة نکاح أم مزنية أو بنتها: أى علی الخلاف السابق، وستأتی فی عبارة الزواهری فی القسم الثانی قال أو نکاح ائمة أى لأنها منسوخة، وقد صح وجوع ابن عباس عن القول بجوازها قال أو یسقط المهر بالتقدم أى بأن لم یخاصم زوجها فيه حتى مضت مدة طويلة ثم خاصمته یطل حقها فی الصداق، والقاضی لا یلتفت إلى خصوصيتها شرح أدب القضاء، فلو قضی علیها یطلانه لم یفقد قال أو بعدم تأجل العین: أى لو رفع قضاؤه لقاض أبطله وأجل الزوج حولاً خانیة، قال أو بعدم حصة الرجعة بلا رضاها أى لخالفته لقوله تعالى -- وبعولتهن أحق بردهن -- قال أو بعدم وقوع الثلاث علی الحبل، أو بعدم وقوعها قبل الدخول، أو بعدم الوقوع علی الخاضع أو بعدم وقوعه مراد علی الواحدة أو بعدم وقوع الثلاث بكلمة: أى لخالفته قوله تعالى -- فإن طلقها فلا تحل له -- لأن المراد به الطقة الثانية. فمن قال لا یقع شیء أو تقع واحدة فقد أثبت الحل للزوج الأول بدون الزوج الثانی وهو خلاف الكتاب. فلا یفقد القضاء به شرح أدب القضاء.

قلت: فا ذکر فی الفتاوی المنسوبة إلى ابن کمال باشا مع وقوع طلقة واحدة لا یجوز علیه، ومن أفتی به من أهل عصرنا فهو جاهل كما أوضحته فی إفتاء طویل قال أو بعدم وقوعه علی الموطوءة عقبه عبارته فی البحر، أو بعدم وقوع الطلاق فی طهر جامعها فيه: قال أو ینصف الجهاز لمن طلقها قبل الوطء بعد المهر والتجهیز: أى لو طلقها قبل الدخول بعد ما قبضت المهر وتجهزت به فقصی القاضی للزوج ینصف الجهاز لرأیه أن الزوج مع المهر رضی بتصرفها فيه فصار كأن الزوج اشتراه بنفسه وساقه إليها ثم طلقها قبل الدخول فله نصفه لم یسد لکة قضاء بخلاف النص، لأنه تعالى جعل له نصف المفروض أى المسبی فی العقد والجهاز غیره، سمی فلا ینصف اه ملخصاً من حاشیة الأشياء عن المحیط. قال: أو بشهادة بخط أبيه أى شهادته علی شیء بسبب رؤيته بخط أبيه قال فی شرح أدب القضاء: صورته أن الرجل إذا مات توجد ابنه خط أبيه فی صك وعلم بقینا أنه خط أبيه یشهد بذلك الصک، لأن الابن خليفة الميت فی جمیع الأشياء، لكن هذا قول مهجور الخ.

قلت: وزاد فی البحر بعد هذه المسألة أو بشاهد وعین، أو فی الحدود والقصاص بشهادة رجل وامرأتین، أو بما فی دیوانه وقد نسی، وبشهادة شاهد علی صك لم یذكر ما فيه إلا أنه یعرف خطه وخطه. أو بشهادة من شهد علی قضیة محتومة من غیر أن تقرأ علیه وبقضاء المرأة فی حد أو قود اه لكن صرح فی الفصولین ببنفاذه فی هذه المواضع وإنما حکى خلافاً فی الأول فقط، ولعله أسقطها من الأشياء لهذا، والله تعالى أعلم. قال: أو فی قسامة بقتل: أى قضی فیما فيه القسامة بالقتل، وصورته كما فی شرح أدب القضاء ما قاله بعض العلماء: إذا کان بین المدعی علیه والقتیل عدواة ظاهرة ولا یعرف له عدواة علی غیر المدعی علیه وبین دخوله فی الحلة ووجود القتل مدة قريبة فالقاضی یحلف الولی علی دعواه، فإذا حلف قضی له بالقصاص، وهو خلاف السنة وإجماع الصحابة، بل فيه الدیة والقسامة عندنا قال أو بالتفریق بین الزوجین بشهادة المرضعة أو قضی لولده أى لأنه قضاء لنفسه من وجه. أما لو قضی بشهادة الابن لأبيه أو بالعکس ففيه خلاف بین الصحابة ثم وقع الإجماع علی بطلانه فینفذ قضاؤه عند أبي یوسف بناء علی أن الإجماع المتأخر لا یرفع الخلاف السابق عنده. وعند محمد لا ینفذ بناء علی أنه یرسه عنده فلم یکن قضاء فی فصل یجتهد فيه. قال: أو رفع إليه حکم صبی أو عبد أو كافر، أى لو قضی بما حکم به هؤلاء

لا ینفذ ، لأن حکمهم غیر نافذ . قال أو الحکم بحجر سفیه ، یعنی لو حجر القاضی علی سفیه فأطلقه آخر جاز وبطل قضاء الأول فلیس لقاض ثالث أن ینفذه ، لأن الأول لیس قضاء بل فتوی لعدم المقضی له ، ولئن کان قضاء نفسه یجتهد فیه فلا ینفذه حجة مالم یعضه قاض آخر كما لو قضی الحدود فی قذف لایكون حجة مالم یصل به الإیضاء من قاض آخر ، هذا حاصل ما فی شرح أدب القضاء من باب الحجر ، وبه علم أنه کان علیہ أن یقول أو الحکم بحجر سفیه أبطله قاض آخر فإنه حیث أنه لو رفع الی ثالث لاینفذه . أما لو أجازہ الثاني لزم الثالث تنفیذہ فانهم . قال أو بصحة بیع نصیب الساکت من قن حرره أحدهما أی حرره أحد الشریکین معصرا كما فی البحر : أی لو باع الساکت نصفه وقضی القاضی به ثم اختصموا الی آخر فإنه یبطله ، لأن الصحابة اتفقوا علی أنه لایجوز استدعاء الرقی فیه كما فی شرح أدب القضاء قال أو بیع متروک التسمیة عمدا : أی عند الثاني ، وهو الأصح : وقالوا : ینفذ كما فی خزانة الأکل . قال أو بیع أم الولد . علی الأظهر ، وقیل ینفذ علی الأصح : أی الأظهر عدم النفاذ عند محمد لأنه اختانف فیه بین الصحابة : ثم وقع الإجماع علی عدم جوازہ ، وبه یرفع الخلاف السابق عنده کما مر . وعندهما لایرتفع فینفذ البیع . وذكر السرخسی أن الأكثر علی عدم النفاذ ، وقدمنا تمام الكلام علی ذلك فی باب التدبیر . فراجعہ فإنه مهم . قال أو یبطلان عفو المرأة عن القود : أی لو قتل زوجها أو أبوها عمدا نفث علی القاتل فأبطله من لایبری للنساء حقا فی القصاص ثم قبل القود رفع الی قاض آخر فإنه لاینفذه وبمکم بصحة السمو وبطلان القود لمخالفته للجمهور ، وإن کان بعد القود فالقاضی الثاني لایتعرض بشئ ، لكن ذکر فی شرح أدب القضاء أن هذا التفصیل غیر سدید بل السدید أنه بعد القود یلزمه : أی القائد القصاص لو عالما ، لأنه قتل شخصا بحقون الدم ، ولوجاهلا غالدیه . قال أو بصحة ضمان الخلاص ، أی بأن قال البائع أو أجنبی المشتري إن استحققت الدار المشتراة من یدک فأنا ضامن لك استخلاصها بالبیع أو بالمبة وأسلمها إلیك ، فهذا الضمان باطل لأنه ضمن ما لیس له قدرة علی الوفاء به ، والقائل بأنه یصح لم یستند الی قیاس صحیح فالقضاء به باطل . وفسر أبو یوسف ومحمد الخلاص بالرجوع بالنفس عند الاستحقاق فهو والدرك والعهدة واحد عندهما ، وحیث أنه فالقضاء به صحیح وإذا رفع الی آخر لایبطله ، وتماه فی شرح أدب القضاء : قال أو زیادة أهل الحلة فی معلوم الإمام من أوقاف المسجد : أی إذا كانت بلا موجب وإلا فقد ذکرنا فی فروع الفصل الأول من کتاب الوقف أنه یموز للقاضی زیادة مرسوم الإمام إذا کان یعطل المسجد بدونها ، أو کان فقیرا أو عالما تقیا . قال أو یحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثاني : أی بلا دخول كما هو قول سعید بن المسیب لأنه مخالف للأثر المشهورة كما فی القنیة ، نعم فی نضاه الفتح عن القصصول : إذا طلقها الثاني بعد الدخول ، ثم تزوجها ثانيا فی العدة ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الأول قبل انقضاء العدة وحکم بصحته نفذ ، إذ للاجتهاد فیه مسأغ وهو صریح . قوله تعالی : یا ایها الذین آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن - الآية ، وهو مذهب زفر اهوقدنا الكلام علی هذه المسألة فی الطلاق فراجعہ . قال أو بعدم ملك الكافر مال المسلم بإحرازه بدارهم ، أی دار أهل الحرب ، لأنه لم یثبت فیه اختلاف بین الصحابة كما فی فتح القدير ، نکان القضاء به مخالفا لإجماعهم : قال أبو یوسف درهم بدرهین یدایید : أی لو قضی بیع الفضة بالفضة متفاضلا مع القایض كما مر قول ابن عباس لم یصح إذ لم یوافق غیره علیہ : قال أو بصحة صلاة المحدث ، أی لو قال إن صلیت صلاة صحیحة فأمرک یدک فرفع فی أثناء صلاته وقضی قاض بصحتها وبأله صار أمر المرأة یدها ، فللمحقق إبطاله لعدم وجود الشرط المأخوذ من قوله علیہ الصلاة والسلام ، ومن قام أو عرف فی صلاته فلیصرف ولیرضأ ولین علی صلاته مالم یتکلم ، كما فی حاشیة الأشباه عن تنویر الأذهان فتأمل

الأول ما لم يختلف مشايخنا فيه والثاني ما اختلفوا فيه والثالث ما لانص فيه عن الإمام .
واختلف أصحابنا فيه وتعارضت فيه تصانيفهم .

قل أو بقسامة على أهل حلة بثلث المال أى إذا تلف مال إنسان في حلة نقضى بضمانهم بالقسامة قياسا على النفس فهو باطل لمخالفته للإجماع ، فللثاني أن ينقضه كما في شرح أدب القضاء . قل أو بعد القذف بالتعريض ، أى كقولہ أما أنا فقلت بزأن ، وقال به عمر رضى الله تعالى عنه ، وهو قول مهجور خالعه فيه على رضى رضى الله تعالى عنه ، فللقاضى الثاني أن يبطله ويجعل ذلك المحدود مقبول الشهادة كما في شرح أدب القضاء . قل أو بالقرعة في معنى البعض : أى في مريض أعنت بعض عياله بغير عيته ، لكن صرح الخصاص في أدب القضاء بنفاذه ، نعم بقل في توير الأذهان عن المحيط أنه ينفذ لأنه مجتهد فيه . وعن أبى يوسف لا ينفذ ، لأن استعمال القرعة نوع قرار قال أو بعدم تصرف المرأة في مالها بغير إذن زوجها لم ينفذ في الكل : أى في كل هذه المسائل ، هذا ما حروته من البرازية والعادية والصيرية والتاريخانية اه كلام الأشباه بزيادات توضحه مع ذكر المسائل التي زادها في البحر وذكر في البحر أيضا عقب ذلك عن السبكي أن القضاء ينقض عند الحنفية إذا كان حكما لادليل عليه .

مطلب ما خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص والحكم به حكم بلا دليل

وما خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص وهو حكم لادليل عليه ، سواء كان نصه في الوقف نصا أو ظاهرا اه وهذا موافق لقول مشايخنا كغيرهم ، شرط الواقف كمنع الشاوع فيجب اتباعه كما صرح به في شرح المحمع للصنف اه (قوله الأول ما لم يختلف مشايخنا فيه) أى في نقضه ، وكذا هو مرجع الضمير بعده ، وأراد بالمشايخ الإمام وصاحبه وأراد بالأصحاب في قوله واختلف أصحابنا فيه الصاحبين ط .

مطلب المراد بأصحابنا أئمتنا الثلاثة ، وبالمشايخ من لم يدرك الإمام

قلت : لكن المشهور إطلاق أصحابنا على أئمتنا الثلاثة أبى حنيفة وصاحبه كما ذكره في شرح الوهبانية ، وأما المشايخ ففي وقف النهر عن العلامة قاسم أن المراد بهم في الإصطلاح من لم يدرك الإمام (قوله والثالث ما لانص فيه عن الإمام) أى لانص فيه ظاهر يعتمد عليه ، فلا ينافي قوله الآتي في قسم الثالث إذا حكم بالشاهد واليمين في الأموال ثم رفع إلى حاكم يرى خلافه نقضه عند الثاني ، وعن الإمام لأفاده ط (قوله وتعارضت فيه تصانيفهم) أى تصانيف الأصحاب بمعنى أهل المذهب .

مطلب قضايا القضاة على ثلاثة أقسام

قال في جامع الفصولين : قضايا القضاة على ثلاثة أقسام : الأول حكمه بخلاف نص وإجماع وهذا باطل ، فكل من القضاة نقضه إذا رفع إليه ، وليس لأحد أن يجيزه . الثاني حكمه فيما اختلف فيه وهو ينفذ وليس لأحد نقضه . والثالث حكمه اشيء يتبين فيه الخلاف بعد الحكم فيه : أى يكون الخلاف في نفس الحكم قبل نفذ وقبل توقف على إضفاء آخر ، فلو أمضاء يصير كالقاضى الثاني إذا حكم في مختلف فيه فليس للثاني نقضه ، فلو أبطله الثاني بطل ، وليس لأحد أن يجيزه اه ط وسبق تمام الكلام على هذه الثلاثة في كتاب القضاء إن شاء

[فن القسم الأول] إذا باع داراً وقبضها المشتري واستحقت منه وتمتع على البائع ردها ففرض على البائع للمشتري بدار مثلاً في المواضع والحطه والذرع والبناء ، كقول عثمان البستي : ثم رفع لقاض آخر أبطله وألزم برد الثمن فقط إلا أن يكون أحدث بناء أو غرساً فبطلت ببقية ذلك مع الثمن (ومنه) حاكم قضى ببطلان شفعة الشريك ثم رفع لقاض آخر فإنه يقضه ويثبت الشفعة للشريك لمخالفته لنص الحديث (ومنه) المحدود في قذف إذا قضى بعد ثبوته ثم رفع الحكم لقاض آخر لإبراه أبطله (ومنه) مالو حكم أمي ثم رفع إن لم يره نقضه لأنه ليس من أهل الشهادة والقضاء فوقها (ومنه) إذا حكم بشهادة الصبيان ثم رفع لآخر نقضه لأنه كالحجرون ، وكذا ما أداه النائم في نومه (ومنه) الحكم بشهادة النساء وحدهن في شجاج الحمام ورفع لآخر لا يعضيه (ومنه) الحكم بإجارة المديون في دينه لا ينفذ (ومنه) القضاء بخط شهود أموات لا ينفذ

الله تعالى (قوله وتمتع على البائع ردها) أي إلى المشتري (قوله في المواضع) أي المساكن والمنطة : أي الحقة والدرع أي عدد الأذرع اهـ (قوله كقول عثمان البستي) هذا بخلاف ما في الزواهر ، فإن الذي فيها أن عثمان البستي قال إذا رفع إلى قاض آخر أبطله الخ (قوله لمخالفته لنص الحديث) هو ما ورد : أنه عليه الصلاة والسلام كان يقضي بالشفعة في كل ربيع وحائط ، فلا يعمل بخلاف من خالف في ذلك ط (قوله إذا قضى بعد ثبوته) من بعض النسخ بعد ثبوته أي بعد أن تاب وهي أظهر ، لأن القضاء بشيء لا يكون إلا بعد ثبوته عند القاضي ، لكن كل من التمسكتين غير موجود في الزواهر على ما نقله الخشي أبو السعود عنها .

قلت : والصواب قبل ثبوته ، لأن الكلام فيها ينقض ولا ينفذ أحد وهذا ليس كذلك ، لما في شرح أدب القضاء : وأما المحدود في التجرد إذا قضى قبل التوبة فالقاضي الثاني يبطل قضاءه لاهالة ، حتى لو نفذ ثم رفع إلى قاض ثالث فله أن ينقضه لأنه لا يصلح قاضياً بالإجماع فكان القضاء الثاني مخالفاً للإجماع فكان باطلاً . وأما إذا كان بعد التوبة لا ينفذ قضاؤه عندنا ، لكن لقاض آخر أن ينفذه ، حتى لو نفذ ثم رفع إلى ثالث ليس ثلث أن يبطله اهـ (قوله ومنه مالو حكم أمي الخ) في جامع الفصولين : ولو أمضى حكم الأعمى نفذ إذ أهلية شهادته خلاف ظاهر ، ولو رفع حكمه إلى قاض لا يرى جواز قضاؤه أبطله : إذ نفس الحكم يجتهد فيه اهـ .

وحاصله أنه من القسم الثالث من الأقسام المارة آنفاً عن جامع الفصولين ، فموقوف على إبطال قاض ثان ، فإن أمضاه الثاني نفذ فليس لثالث إبطاله . وإن أبطله الثاني بطل ، فهو نظير حكم المحدود بعد التوبة وعلمت ما فيه (قوله لأنه ليس من أهل الشهادة) علة للمسائلين قبله ط (قوله وكذا ما أداه النائم في نومه) يعني إذا أدى النائم شهادة ففرض بها ورفع لقاض آخر نقضه ط (قوله في شجاج الحمام) قال الشارح في الشهادات : وكذا ما شهد به الصبيان والملاعب ، ولشهادة النساء فيما يقع في الحمامات وإن مست الحاجة لمنع الشرع عما يستحق به السجن والملاعب الصبيان وحامات النساء فكان التقصير مضاعفاً إليهم لا إلى الشرع برأية وصغرى وشرباً ليلية ، لكن في الحاوي : تقبل شهادة النساء في القتل في الحمام بحكم الدية ثلاثا يهدر الدم اهـ فلينبه عند الفتوى اهـ ط (قوله ومنه الحكم بإجارة المديون في دينه) أي لو حكم للدائن بأن يؤجر مديونه ليستوفي دينه من أجرته لا ينفذ لمخالفته ، لقوله تعالى - وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة - نعم ، قالوا : إنه لو كان له كسب بفصل عن حاجته بأمر الحاكم بدفع الفاضل : هذا : وقد أسقط الشارح من عبارة الزواهر مسألة قبل هذه ، وهي قوله : ومنه إذا قال الرجل لأمرأته كلى أو اشترى يريد الطلاق ففرض عليه القاضي بذلك وفرق بينهما ثم رفع إلى من لإبراه نقضه (قوله ومنه القضاء بخط شهود أموات) لأن الشاهد لابد من نطقه بالشهادة فالحكم

(ومنه) القضاء بجواز بيع النراهم بالدنانير نسبتاً (ومنه) القضاء بشهادة أهل الذمة في الأسفار في الوصية ثم رفع لمن لا يراه نقضه (ومنه) إذا قضى بشئ ثم رفع الآخر فنقضه ولم يبين وجه النقض أمضى النقض (ومنه) إذا باع رجل من آخر عبداً أو أمة ومضى على ذلك مدة ثم ظهر فيه عيب لم يقر البائع به ولم تقم بينة بأنه كان موجوداً عنده فرده القاضي على البائع ثم رفع حكمه الآخر فإنه يبطل الرد ويعيده للمشتري (ومنه) إذا حكم بحرم بنت المرأة التي لم يدخل بها ثم رفع لما تم آخر أبطل حكمه الأول لمخالفته لنص - وروايتكم الآتي في حجوركم - الآية . [ومن القسم الثاني] إذا اختلف الأصحاب على قولين ثم أخذ الناس بأحد قوليهما وتركوا الآخر فحكم القاضي بالمتروك لم ينقض عنده خلافاً للثاني (ومنه) إذا وطئ أمراً وحكم ببقاء النكاح ثم رفع الآخر يرى خلافه لم يبطئه ثم إن الزوج جاهلاً فهو في سعة ، وإن عالماً لا يحل له المقام لأن القضاء لا يحل ولا يحرم خلافاً للثاني حنيفة رحمه الله تعالى . وذكر الحاكم في المنتقى في رجل وطئ أمراً فقتل أن ذلك لا يحرمها ثم رفع الآخر فرق بينهما وذكر ذلك مطلقاً ، فالظاهر أن ذلك مذهبه أو قول الإمام لمخالفته لنص - ولا تنكحوا - وهو الوطء

بالخط حكم بلا شهادة فهو باطل (قوله نسبتاً) وكذا مع التفاضل كما مر (قوله نقضه) لأنه لا شهادة لشكركم في مسلم (قوله أمضى النقض) عبارة الزواهر ثم رفع النقض إلى آخر أمضى النقض أي حلالاً لحكمه بالنقض على الصحة ، بأن علم الناقض أن الحكم الأول باطل فعد هذه هنا بالنظر إلى هذا تأمل (قوله ثم صهر فيه عيب) قيده في شرح أدب القضاء بالحنون ، فإن بعضهم قال يرد العبد به مطلقاً لأنه إنما يكون من نقصان يتمكن من أصل الخلقة فيكون من عند البائع (قوله التي لم يدخل بها) صفة للمرأة (قوله الآية) تنميتها - من نسائكم الذي دخلتم بين فلان لم تكونوا دخلتم بين فلا جناح عليكم - (قوله لم ينقض عنده خلافاً للثاني) كذا في إرواها . وبظاهر لي أن العبارة مقالوبة ، والصواب ينقض عنده بإسقاط لم ، لأن ما ذكره هو المسألة الأصولية ، وهي أن الإجماع اللاحق هل يرفع الخلاف السابق ؟ فعددها لا ، وعند محمد نعم ، فإذا حكم بالقول المتروك أي الذي تركه أهل الإجماع ، فعددها لا ينقض حكمه لعدم ارتفاع الخلاف السابق فكان حكماً في محل يجتهد فيه . وعند محمد ينقض لارتفاع الخلاف فيكون حكماً مخالفاً للإجماع ومثله ما قدمناه من شهادة الابن لأبيه أو بالهكس ، ومن مسألة بيع المبرق فندبر (قوله ومنه إذا وطئ أمراً الخ) في شرح أدب القضاء : لو وطئ أمراً أو بنتها فخاصته زوجته إلى قاض يرى أن الحرام لا يحرم الحلال فنقض بها تزوجها ثم رفعت إلى قاض يرى أن ذلك يحرمها على زوجها فليس الثاني أن يبطل قضاء الأول ؛ لأن هذا ما اختلف فيه الصحابة والعلماء ، فإذا قضى نفق قضاؤه بالإجماع ، فإذا قضى الثاني بخلافه كان قضاؤه مخالفاً للإجماع ، ثم هل يحل للزوج المقام معها ، فلو جاهلاً وقضى بالمرأة له حل بلا شبهة لا لو قضى بتحريمها ولو عالماً ؟ فإن قضى عليه بأن كان هو لا يرى تحريمها والقاضي قضى بتحريمها فنقض القضاء عليه فلا يحل له المقام معها ؟ وإن قضى له بأن كان هو يرى تحريمها وقضى له بجعلها ، فعند أبي يوسف كذلك ، وعندهما يحل له ملخصاً

ورأيت جاشه بخط بعض العلماء عند قوله فإذا قضى نفق قضاؤه بالإجماع مانعه : ذكر في الواقعات الصغرى أن نفاذ القضاء يختلف فيه ، عند أبي يوسف لا ينفذ وللثاني أن يبطله . وعند محمد ينفذ وليس للثاني ذلك ، فكان النفاذ المجمع عليه موقوفاً على قضاء ثان بصحة قضاء الأول اهـ ورأيت نحوه في جامع القصولين من حكاية الخلاف المذكور (قوله وإن عالماً لا يحل له المقام) أي إن عالماً بجحرمتها معقداً لما وقضى له بالحل (قوله وذكر ذلك مطلقاً) أي بلا حكاية خلاف (قوله فالظاهر أن ذلك مذهبه) أي مذهب صاحب المنتقى (قوله أو قول الإمام) قد علمت أنه قول أبي يوسف (قوله لمخالفته لنص ولا تنكحوا) أي ما تنكح آبائكم من النساء ، (٦٣ - حاشية ابن مابن - ٤)

(ومنه) إذا قضى بخلاف مذهبه غلطاً ووافق قول مجتهد ثم رفع لآخر أمضاء عند الإمام : وقالوا : ينقضه لأنه غلط والغلط ليس بمجتهد فيه (ومنه) المديون إذا حبس لا يكون حبسه حجراً عليه . وقال القاسم بن معن حجره ، فلو حكم به ثم رفع لآخر نقضه . وقالوا : ينفذه ، فلو حكم الثاني به نفذ ولا ينقض :

[ومن القسم الثالث] إذا حكم بالشاهد والعين في الأموال ثم رفع لحاكم يرى خلافه نقضه عند الثاني . وعن الإمام لا اختلاف الآثار (ومنه) إذا قضى بشهادة الأب لابنه أو جده ثم رفع لآخر لا يراه أمضاء عند الثاني ، وينقضه عند محمد (ومنه) إذا تزوج الزاني بابتنه من الزنا وحكم الحاكم بحل ذلك ثم رفع لمن لا يراه أبطله لأنه مما يستثنى الناس ذكره في شرح الطحاوي (ومنه) رجل أعقب عبداً ثم مات الممتق ولا وارث له ، ثم قضى القاضي بميراثه للممتق ثم رفع لحاكم آخر نقضه وجعل ماله لبيت المال عند أبي يوسف وهو الصحيح ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « إنما الولاء لمن أعتق » ولا يلزم مولى الموالاة لأنه مستحق بالعقد وهو قائم بهما فاستويا كالزوجية ،

وهذا لا يصلح دليلاً على ما قبله ، بل إنما يصلح دليلاً لمسألة ذكرها في جامع الفصولين . وعبارته : ولو قضى بغير نكاح مزينة الأب لابن أو الابن للأب لا ينعقد عند أبي يوسف إذا حدثت نص عليها في الكتاب اه ط :

مطلب في قضاء القاضي بخلاف مذهبه

(قوله ومنه إذا قضى بخلاف مذهبه الخ) في قضاء البحر : لو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً نفذ عنده . وفي العائد روايتان ، وعندهما لا ينفذ في الوجهين . واختلف الترجيح . قال في الفتح : والوجه الآن أن يفتى بقولهما لأن التارك للمذهب عمداً لا يفعله إلا لمولى باطل ، وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره هذا كله في القاضي المجتهد ، فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالدسيسة إلى ذلك الحكم اه وسياق تمام الكلام على هذه المسألة في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى (قوله وقال القاسم بن معن حجر) أي الحبس حجر ط :

قلت : والقاسم هذا من أصحاب أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، أخذ عنه محمد بن الحسن كما في طبقات عبد القادر (قوله فلو حكم الثاني) أي الحاكم الثاني بأنه حجر نفذ ولا ينقض ، مفاده أن هذا من القسم الثالث من الأقسام التي قدمناها في جامع الفصولين (قوله إذا حكم بالشاهد والعين) قال في جامع الفصولين : ذكر في بعض المواضع أنه ينفذ وفي بعضها لا ينفذ ، وفي أنصية الجامع أنه يتوقف على إمضاء قاض آخر اه ط (قوله وعن الإمام لا) تقدم أن هذا القسم انص في حق الإمام ، وتقدم جوابه (قوله لأنه مما يستثنى الناس) أي يعدونه أمراً شريعياً لأنها بنته حقيقة ولغة لوجود الجزئية ، وإنما قطع الشرع نسبتها إليه فقط ، إذ الجزئية لا تنفي بالزنا ثم إنه لم يذكر فيه خلافاً ، ومقتضى هذه من القسم الثالث وجود الخلاف فيه (قوله ثم مات الممتق) بكسر التاء والذي بعده بفتحها ط (قوله إنما الولاء لمن أعتق) لأن إنما تنفيذ قصر الولاء على من أعتق ، ومن أحكام الولاء الإرث (قوله ولا يلزم) أي لا يلزمنا أن نقول مولى الموالاة كذلك : أي أنه يكون لورثه مع أحد الجاهلين فقط كما قلنا في ولاية العتاقة ، لأنه : أي الولاء المفهوم من مولى الموالاة مستحق بالعقد ، لأن صورته أن يعقد رجلاً مجهولاً النسب عقد الموالاة بينهما على أن من مات منهما قبل صاحبه عن غير وارث ورثه الآخر وهذا العقد قائم بهما أي وجد منهما فيترارثان به من الطرفين ، بخلاف ولاية العتاقة فإن سببه الإعتاق وهو قائم

فاغتنم هذا المقام فإنه من جواهر هذا الكتاب ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب .

بالمعنى فقط كالزوجة فلانها من أسباب الميراث والإرث ثابت بها من الطرفين لقيام عقدتها بهما معا فيتوارثان بها وإن اختلف مقدار الإرث بها من جهة أخرى وهى تفضيل الزوج على الزوجة بذكوره وكونه قواما عليها ، والله سبحانه أعلم (قوله فاغتنم هذا المقام) أى فز به بلا مشقة كما فى القاموس ، حيث قال غنم بالكسر غنما بالضم وبالفصح وبالنحرىك وغنمة وغنما بالضم : الفوز بالشئ بلا مشقة اه والاعتنام افتعال منه فافهم ، والله سبحانه وتعالى أعلم ، وله الحمد على ما علم وفهم ، وصلى الله وبارك وسلم على عبده ورسوله المعظم ، وعلى آله وصحبه ومن فى سلكه انظم ، لأسما إمامنا الأعظم ، وقدوتنا المقدم ، وأصحابه ومشايخ مذهبه المحكم ، وأتباعهم ذور المقام الأرفع ، والمصنف ذو الفضل المسلم ، والشارح الذى أتقن مسائله وأحكم ، والدين (١) ومشايخنا وأهاليها ومن أمدى إلينا معروفا وأكرم - ربى أوزعنى أن أشكر نعمتك التى أنعمت على وعلى والدى وأن أعمل صالحا ترضاه وأصلح لى فى ذرى لى إلى تبت إليك وإلى من المسلمين - وتقبل منى هذا العمل ، وبلغنى فى إكماله غاية الأمل ، وجنبنى فيه عن الخطأ والخلل ، واجعله سببا للقرآن الذلى والزلى ، ولحسن المقام عند انتهاء الأجل ، والحمد لله رب العالمين .

(١) (قوله ووالدينا) مقتضى قوله وأتباعهم ذور الخ أن يقول هنا ووالدنا الخ بالرفع إلا أن يحمل مطوقا على ما قبل لاسمها على ما فيه اه يصححه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيوع

لما فرغ من حقوق الله تعالى العبادات والعقوبات شرع في حقوق العباد المعاملات . ومناسبتها لاوتف إزالة المالك لكن لا إلى مالك وهنا إليه فكانا كبسيط ومركب وجمع لكونه باعتبار كل من البيع والمبيع والنقن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله وحده وصلى الله على من لا نبي بعده :

كتاب البيوع

(قوله لما فرغ الخ) بيان للمناسبة بين جملة ما تقدم وجملة ما يأتي مع بيان المناسبة بين مخصوص الوتف والبيع وانفراد العبادات ما كان المقصود منها في الأصل لتقرب العبد إلى المالك الجود ، ونيل الثواب والجلود ، كالأركان الأربعة ونحوها . والمعاملات ما كان المقصود منها في الأصل قضاء مصالح العباد كالبيع والكفالة والحوالة ونحوها وكون البيع أو الشراء قد يكون واجبا لعارض لا يخرج عن كونه من المعاملات ، كما لا يخرج الصلاة مع الرياء عن كون أصل الصلاة عبادة .

ثم إن ما تقدم غير مختص بالعبادات بل هو حقوقه تعالى ، وهي ثلاثة : عبادات وعقوبات ، وكفارات ، والمعاملات في مقابلة حقوقه تعالى . وأورد في الفتح أنه لا ينبغي شروعه في المعاملات من زمان فإن ما تقدم من النقطة واللقيط والمفقود من المعاملات . قال في المهر : وكان النكاح أولى بالذكر من اللقيط ونحوه ٨١ :

فت : وفيه نظر ظاهر ، فإن النكاح وإن كان من المعاملات لكنه من العبادات أيضا ، بل المقصود الأصلي منه العبادة ، وهي تحصيل النفس عن المحرمات وتكثير المسلمين ؛ بل قالوا إن النكاح له أفضل من النكاح للتواضع : وقد يقال الأولى إيراد الشركة لأن كلاما من اللقطة واللقيط أى التقاطعهما مندوب إليه من حيث هو ، وقد يجب فلذا ذكر في حقوقه تعالى ، وكذا رد الآتي : وأما المفقود فإنه ذكر فيها لمناسبة اقتضته ، وكذا اللقطة ونحوها والشركة ، كما ذكرها في المعاملات بعض العبادات كالأضحية لمناسبتها للذبايح ، والقرض لمناسبتها للبيع تأمل (قوله لكن لا إلى مالك) أى الإزالة في الوقت لا تنتهي إلى مالك فهو في حكم ملك الله تعالى وهذا قولهما . وقال الإمام : هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ط (قوله فكانا كبسيط ومركب) أى والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدم عليه في الذكر . قال ط : وإنما لم يكن البيع مركبا حقيقة ، لأن الإزالة أمر اعتباري لا يتحقق منه (١) تركيب (قوله وجمع الخ) لما كان البيع في الأصل مصدرا والمصدر لا يجمع لأله اسم للحدث كالقيام والقعود وقد جمعه تبعاً للهداية أجابوا عنه بأنه قد يراد به المفعول فجمع باعتباره كما يجمع المبيع ، أى فإن أنواع المبيعات كثيرة مختلفة أو أنه بقي على أصله مراداً به المعنى لكنه جمع باعتبار أنواعه ، فإن البيع الذى

(١) (قوله منها) هكذا بخطه ، ولعل الأصوب (فيها) تأمل اه بحصصه .

أنواع أربعة : نافذ موقوف فاسد باطل ، ومقايضة صرف سلم ، مطلق مراجعة تولية ، وضعية مساواة :
(هر) لغة : مقابلة شيء بشئ مالا أولا

هو الحدث إن اعتبر من حيث هو فهو أربعة : نافذ إن أفاد الحكم للحال ، وموقوف إن أفاده عند الإجازة ، وفاسد إن أفاده عند القبض ، وباطل إن لم يفذه أصلا ، وإن اعتبر من حيث تعلقه بالمبيع فهو أربعة أيضا ، لأنه إما أن يقع على عين بعين ، أو ثمن بثمن . أى يكون المبيع فيه من الأثمان : أى النقود ، أو ثمن بعين ، أو عين بثمن ، ويسمى الأول مقايضة ، والثاني صرفا ، والثالث سلمًا ، وليس للرابع اسم خاص ، فهو بيع مطلق ، وإن اعتبر من حيث تعلقه بالثمن أو بمقداره فهو أربعة أيضا ، لأنه إن كان يمثل الثمن الأول مع زيادة فراجعة ، أو بدون زيادة فتولية ، أو أنقص من الثمن فوضعية ، أو بدون زيادة ولا نقص فساومة ، وزاد في البحر خامسا وهو الإشراك : أى أن يشرك غيره فيها اشتراء : أى بأن يبيعه نصفه مثلا ، وتركه الشارح لأنه غير خارج عن الأربعة ، وقد يعتبر من حيث تعلقه بوصف الثمن ككونه حالا أو مؤجلا ، وبما قررناه ظهر لك أن قوله باعتبار كل من البيع والمبيع ليس المراد اعتبار المبيع وحده أى بدون تعلق بيع به ، حتى يرد أنه إذا أريد كل منهما بانفراده يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ، فإن جمع البيع باقيا على صدرته نظرا إلى أنواعه حقيقة ، بخلاف جمعه منقولا إلى اسم المفعول فإنه مجاز . ووجه عدم الورود أن المراد جمعه باعتبار حقيقته ، لكن نظرا إلى ذاته مفردا أو ، متعلقا بغيره لا منقولا إلى اسم المفعول فافهم (قوله أنواعا أربعة) خبر الكون ، وقوله نافذ الخ ، بيان للأصناف الأربعة في كل واحد من الثلاثة على طريق ألف والنشر المرتب ، وقد علمت بيانها . ثم إن تقسيم الأول إلى مادكر هو ما مشى عليه في الحاوي ، وظاهره أن الموقوف من قسم الصحيح وهو أحد طريقتين للمشايع ، وهو الحق . ومنهم من جعله قسما للصحيح وعليه مشى الزيامي ، فإنه قسمه إلى صحيح وباطل وفاسد وقوف ، وتعام تحقيقه في أول البيع الفاسد من البحر ، ويأتي قريبا استثناء بيع المكروه (قوله هلغة مقابلة شيء بشئ) أى على وجه المبادلة ، ولو عبر بها بدل المقابلة لكان أولى كما فصل المصنف فيما بعد ، وظاهره شمول الإجازة ، لأن المنفعة شيء باعتبار الشرع أنها موجودة حتى صح الاعتراض عنها بالمال وكذا باعتبار اللغة تأمل :

مطلب في تعريف المال والملك والمتقوم

(قوله مالا أولا) الخ ، المراد بالمال ما يميل إليه الطبع ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ، والمالية تثبت بتحول الناس كافة أو بعضهم ، والمتقوم يثبت بها وإباحة الانتفاع به شرعا ، فإباحة بلا تحول لا يكون مالا كحبة حنطة وما يتحول بلا إباحة انتفاع لا يكون متقوما كالخمر ، وإذا عدم الإيمان لم يثبت واحد منهما كالدلم بحر ملحضا عن الكشف الكبير :

وحاصله أن المال أعم من المتقوم (١) لأن المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر ، والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة ، فاتخذ مال لا متقوم ، فلذا فسد البيع بجعلها ثمنا ، وإنما لم يتعد أصلا بجعلها مبيعا لأن الثمن غير مقصود بل وسيلة إلى المقصود ، إذ الانتفاع بالأعيان بالأثمان ، ولهذا اشترط وجود المبيع دون الثمن ، فهذا الاعتبار صار الثمن من جملة الشروط بمنزلة آلات الصناعة ، وتعام تحقيقه في فصل النهي من التلويع . ومن هذا قال في البحر : ثم اعلم أن البيع وإن كان مبناه على البديلين لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن ، ولذا نشرت

(١) (قوله أعم من المتقوم الخ) لعل الصواب المتقوم تأمل اهـ .

بدلیل - و شرورہ بشمن بخص - وهو من الأضداد ، ويستعمل متعديا وبمن للتأكيد وباللام ، يقال بعثك الشيء وبعثك فهي زائدة قاله ابن القطاع ، وباع عليه القاضي : أي بلا رضاه : وشرعا (مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله) خرج غير المرغوب كثراب وميتة ودم

القدرة على المبيع دون الثمن وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن اه : وفي التلويح أيضا من بحث القضاء : والتحقيق أن المنفعة ملك لأمال ، لأن الملك مامن شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص ، والمال مامن شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة ، والتقوم يستلزم المالية عند الإمام والملك عند الشافعي . وفي البحر عن الخاوي القدسي : المال اسم لغير الآدمي ، خلق لمصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار ، والعبد وإن كان فيه معنى المالية لكنه ليس بمال حقيقة حتى لا يجوز قتله وإهلاكه اه .

قلت : وفيه نظر ، لأن المال المنتفع به في التصرف على وجه الاختيار والقتل والإهلاك ليس بانتفاع الانتفاع بالمال يعتبر في كل شيء بما يصلح له ، ولا يجوز إهلاك شيء من المال بلا انتفاع أصلا كقتل الدابة بلا سبب موجب (قوله بدليل وشرورہ بشمن بخص) أي باعوه : أي إخوة بوصف بشمن ناقص ، وقبل باعوه بعشرين درهما ، فلاية دليل على أن البيع لا يلزم كون المبيع فيه مالا ، لأن الحر لا يملك .

قلت : وفيه أن أهل اللغة في الجاهلية كانوا يسترقون الأحرار ويبيعونهم ، فلا تدل الآية على أن البيع لئلا يشترط فيه المالية ، على أن الظاهر أن الحر يملك قبل شرعنا ، بدليل - قالوا جزاؤه من وجد في رحله فهو جزاؤه - ثم رأيت ذلك في القهستاني من البيع الفاسد حيث قال إن الحر كان مالا في شريعة يعقوب عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام حتى استرق السارق كما في شرح التأويلات ، فلا ينبغي أن يقال إنه لم يكن مالا عند أحد اه فالأولى الاستدلال بمثل - إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم - فاستبشروا ببيعكم - أولئك الذين اشترى الضلالة بالهدى - ونحوه ، ولا ينبغي أن دعوى المجاز في ذلك خلاف الأصل فافهم ، وبهذا ظهر أن تعريفه لغة بما ذكره الشارح تبعا للمحيط أولى مما في الفتح من فخر الإسلام من أن البيع لغة مبادلة المال بالمال ، لكن يرد على الأول أنه يدخل فيه النكاح ، إلا أن يراد بالمقابلة ما يكون على وجه التخليك حقيقة تأمل (قوله وهو من الأضداد) أي من الألفاظ التي تطلق على الشيء وهل ضده كما في قوله تعالى - وكان وراءهم ملك - أي قدامهم : قال في الفتح : يقال باعه إذا أخرج العين من ملكه إليه ، وباعه أي اشتراه اه ، وكذا الشراء بدليل - وشرورہ بشمن بخص - فيطلق كل منهما على الآخر : وفي المصباح : والبيع من الأضداد مثل الشراء ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه باع ، لكن إذا أطلق البائع فالتبادر إلى الذهن باذل السلعة (قوله ويستعمل متعديا) أي بنفسه إلى مفعولين (قوله وبمن للتأكيد) كعبت من زيد الدار ، وظاهر الفتح أنها للمتعدي لأنه قال ويتعدى بنفسه وبالحرف (قوله وباللام) أي قليلا . وعبارة ابن القطاع على ماني المضباح : وربما دخلت اللام مكان من ، تقول : بعثك الشيء وبعث لك فهي زائدة اه (قوله يقال بعثك الشيء) مثال للمتعدي بنفسه وترك مثال للمتعدي بمن (قوله وباع عليه القاضي) أفاد أنه يتعدى بعلى أيضا في مقام الإيجاب والإلزام (قوله مبادلة شيء) مصدر مضاف إلى مفعوله الأول والفاعل مجذوف ، والأصل أن يتبادل المتبايعان شيئا مرغوبا فيه بمثله ، فشيئا مفعول أول ومثله مفعول ثان بواسطة الحرف فافهم (قوله مرغوب فيه) أي مامن شأنه أن ترغب إليه النفس وهو المال ، ولذا استقر به الشارح عن التراب والميتة والدم فلانها ليست بمال ، فرجع إلى قول الكنز والمثلث : مبادلة المال بالذل ، ولذا فسر الشارح كلام المثلث في شرحه بقوله : أي تخليك شيء مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه ، فقد تساوى التعريفان فافهم ، نعم زاد في الكنز بالقاضي :

(عل وجه) مفید (مخصوص) أى بإيجاب أو تعاط، فخرج التبرع من الجانبين والمبة بشرط العوض، وخرج بمفيد المالا مفید،

مطلب في بيع المكره والموقوف

وأورد عليه أنه يخرج بيع المكره مع أنه متعقد. وأجاب في شرح النقاية بأن من ذكره أراد تعريف البيع الناقل، ومن تركه أراد الأعم. واعترضه في البحر بأن بيع المكره فاسد موقوف لاموقوف فقط كبيع المنقول كما يفهم من كلام شارح النقاية.

قلت: لكن قدما أن الموقوف من قسم الصحيح، ومقتضاه أن يبيع المكره كذلك، لكن صرحوا في كتاب الإكراه أنه يثبت به الملك عند القبض للفساد، فهو صريح في أنه فاسد وإن خالف بقية العقود الفاسدة في أربعة صور (۱) سيذكرها المصنف هناك، وأفاد في المنار وشرحه أنه يتعقد فاسدا لعدم الرضا الذى هو شرط النفاذ، وأنه بالإجازة يصح ويؤزل الفساد، وبه علم أن الموقوف على الإجازة صحته، فصح كونه فاسدا موقوف، وظهر أن الموقوف منه فاسد كبيع المكره، ومنه صحيح كبيع عبد أو صبي محجورين، وأمثله كثيرة ستأتى في باب بيع الفضولى:

والخاص أن الموقوف مطلقا ببيع حقيقة، والفساد يبيع أيضا وإن توقف حكمه، وهو الملك على القبض، فلا يناسب ذكر التراضى في التعريف، ولذا قال في الفتح: إن التراضى ليس جزء مفهوم البيع الشرعى، بل شرط ثبوت حكمه شرعا أى لأنه لو كان جزء مفهومه شرعا لزم أن يكون بيع المكره باطلا وليس كذلك، بل هو فاسد كما علمت. وأنت خبير بأن التعريف شامل للفساد بأسر أنواعه كما ذكره في التهر لأنه بيع حقيقة. وإن توقف حكمه على القبض، فالتقييد بالتراضى لإخراج بعض الفساد وهو بيع المكره غير مرضى، لأنه إذا كان المراد تعريف مطلق البيع يكون غير جامع لخروج هذا منه، وإن أريد تعريف البيع الصحيح مايس بمانع لدخول أكثر البياعات الفاسدة فيه.

ثم اعلم أن النحر مال كما قدمناه عن الكشف والتلويع وإن كان غير منقوض مع أن بيعه باطل في حق المسلم، بخلاف البيع به فإنه فاسد، ومر الفرق. وأما ما في البحر من المحيط من أنه غير مال فالظاهر أنه أراد بالمال المنقوض توفيقا بين كلامهم، وحينئذ فيرد على تعريف المصنف كالكز فافهم: وورد على تعريف المصنف فقط الإجازة والنكاح. قال ط: فإن قهنا مبادلة مال مرغوب فيه بمغروب فيه، ولا يخرجان بقوله على وجه مخصوص، لأن المراه به الإيجاب والقبول والتعاطى، إلا أن يجاب بأن المراد بالمغروب فيه المال كما قررناه أولا، والمنفعة غير مال كما مر، أو يقال إن المبادلة هى التملك كما في التهر عن النواية: أى التملك المطلق، والمنفعة في الإجازة والنكاح ملكة ملكا مفيدا فافهم (قوله على وجه مفيد) هذا التقييد غير مفيد، إذ غايته أنه أخرج مالا يفيد كبيع درهم بدرهم الحمد وزنا وصفة وهو فاسد، وقد علمت شمول التعريف لجميع أنواع الفساد، فلا فائدة في إخراج نوع منه كما قلناه في بيع المكره، نعم لو كان يبيع الدرهم بالدرهم باطلا فهو تقييد مفيد، لكن بطلانه بعيد لوجود المبادلة بالمال فتأمل (قوله أى بإيجاب أو تعاط) بيان الوجه المخصوص، وأراد الإيجاب ما يكون بالقول بدليل المقابلة فيشمل القبول، وإلا لم يخرج التبرع من الجانبين على ما قاله ط فتأمل (قوله فخرج التبرع من الجانبين الخ) قال المصنف في المنح: ولما كان هذا يشمل مبادلة رجلين بمالهما بطريق التبرع أو الهبة

(۱) (قوله في أربعة صور) مذكرا بنحو الأصوب بغيره البلد من قتلة الفاعلة المعلومة أو مصححه.

فلا يصح بيع درهم بدرهم اسفويا وزنا وصفة ، ولا مقايضة أحد الشريكين حصته داره بمحصة الآخر صيرفية ولا إجارة السكنى بالسكنى أشباه (ويكون بقول أو فعل ، أما القول بالإيجاب والقبول) وهما ركنه ، وشرطه أهلية المتعاقدين :

بشرط العوض فإنه ليس ببيع ابتداء وإن كان في حكمه بقاء ، أراد إخراج ذلك فقال على وجه مخصوص اه : قلت : وهذا صريح في دخولها تحت المبادلة على خلاف ما في النهر . وجهه أنه لو تبرع لرجل بشيء ثم الرجل عوض عليه بشيء آخر بالشرط فهو تبرع من الجانبين مع المبادلة لكن من جانب الثاني ، وهذا يوجد كثيرا بين الزوجين بيعت إليهما ماعنا وتبعث له أيضا وهو في الحقيقة هبة ، حتى لو ادعى الزوج العارية رجوع ، ولما أيضا الرجوع لأنها قصدت التبرع عن هبة ، فلما لم توجد هبة بدعوى العارية لم يوجد التعويض عنها فلما الرجوع كما سيأتي في الهبة ، وكذا لو وهبه شيئا على أن يعوضه عنه شيئا معينا فهو هبة ابتداء مع وجود المبادلة المشروطة فافهم (قوله استويا وزنا) أما إذا لم يستويا فيه فالبيع فاسد لربا الفضل لا لعدم الفائدة ، وقوله وصفة خرج باختلافها فيها مع اتحاد الوزن ككون أحدهما كبيرا والآخر صغيرا أو أحدهما أسود والآخر أبيض :

قلت : والمسألة المذكورة في الفصل السادس من الذخيرة : باع درهما كبيرا بدرهم صغير أو درهما جيدا بدرهم رديء جاز لأن لهما فيه غرضا صحيحا ، أما إذا كانا مستويين في القدر والصفة اختلفوا فيه : قال بعض المشايخ : لا يجوز وإليه أشار محمد في الكتاب ، وبه كان يفتي الحاكم الإمام أبو أحمد اه (قوله ولا مقايضة أحد الشريكين) أي المستويين : والمتبادر من التعبير بالشريكين أن الدار شاعة بينهما ، أما لو كانت حصته كل منهما مفروزة عن الأخرى فالظاهر جواز المقايضة لأنه قد يكون رغبة كل منهما فيما في يد الآخر فهو بيع مفيد ، بخلاف المشاعة فافهم (قوله ولا إجارة السكنى بالسكنى) لأن المنفعة معدومة فيكون بيع الجنس بالجنس نسيئة وهو لا يجوز ط عن حاشية الأشياء (قوله ويكون) أي البيع منع ، والأظهر إرجاع الضمير إلى قوله على وجه مخصوص فهو بيان له وإلا كان تكرارا تأمل (قوله وهما ركنه) ظاهره أن الضمير للإيجاب والقبول ، ويحتمل إرجاعه للقول والفعل كما يفيد قول البحر : وفي البدائع : ركنه المبادلة المذكورة ، وهو معنى ما في الفتح من أن ركنه الإيجاب والقبول الدالان على التبادل أو ما يقوم مقامهما من التعاطي ، فركنه الفعل الدال على الرضا بتبادل المالكين من قول أو فعل اه . وأراد بالفعل أولا ما يشمل فعل اللسان ، وبالفعل ثانيا غيره ، وقوله الدال على الرضا : أي بالنظر إلى ذاته وإن كان ثم ما يتألف الرضا كإكراه ، وظاهر كلام المصنف أن الإيجاب والقبول غير البيع مع أن ركن الشيء عينه ، وإذا أرجعنا الضمير في قوله : ويكون إلى قوله على وجه مخصوص لا يرد ذلك ، وكذا إذا أريد بالبيع حكمه وهو الملك ، وهما هنا أبحاث راقية مذكورة في النهر .

(قوله وشرطه أهلية المتعاقدين) أي بكونهما عاقلين ، ولا يشترط البلوغ والحرية :

مطلب شرائط البيع أنواع أربعة

وذكر في البحر أن شرائط البيع أربعة أنواع : شرط انعقاد ونفاذ وصحة ولزوم .

فالأول أربعة أنواع : في العاقد ، وفي نفس العقد ، وفي مكانه ، وفي العقود عليه ، فشرائط العاقد اثنان ، العقل والعدد ، فلا ينعقد بيع مجنون وصبي لا يعقل ، ولا وكيل من الجانبين ، إلا في الأب ووصيه والقاضي ، وشراء العبد نفسه من مولاه بأمره ، والرسول من الجانبين ، ولا يشترط فيه البلوغ والحرية ، فيصح بيع الصبي

أو العبد لنفسه موقوفاً ولغيره نافذاً ، ولا الإسلام والنطق والصحو . وشرط العقد اثنان أيضاً : موافقة الإيجاب للقبول ، فلو قبل غير ما أوجبه أو بعبء أو بغير ما أوجبه أو بعبء لم ينقد إلا في الشفعة بأن (۱) باع عبداً وعقاراً فطلب الشفع العتق وحده ، وكونه بلفظ الماضي . وشرط مكانه واحد ، وهو اتحاد المجلس . وشرط العقود عليه ستة : كونه موجوداً مالا متقوماً مملوكاً في نفسه ، وكون المالك البائع فيها يبيعه لنفسه ، وكونه مقدور التسليم فلم ينقد بيع المعلوم وماله خطر العدم كالحمل والبن في الضرع والتمر قبل ظهوره وهذا العقد فإذا هو جارية ، ولا يبيع الحر والمدير وأم الولد والمكاتب ومعتنق البعض والميتة والدم ، ولا يبيع الحمر والخزير في حق مسلم وكسرة خبز ، لأن أدنى القيمة التي تشترط لجواز البيع فلس ، ولا يبيع السكلاً ولو في أرض مملوكة له ، والماء في نهر أو بئر ، والصيد والحطب والحشيش قبل الإحراز ، ولا يبيع ما ليس مملوكاً له وإن ملكه بعده ، إلا السلم والمغصوب لو باعه الغاصب ثم ضمن قيمته وبيع الفضولي فإنه منعقد موقوف ، وبيع الوكيل فإنه نافذ ، ولا يبيع معجوز التسليم كالأبق والطير في الهواء والسمك في البحر بعد أن كان في يده فصارت شرائط الانعقاد أحد عشر قلت صوابه تسعة (۲) :

وأما الثاني وهو شرائط النفاذ فاثنتان : الملك أو الولاية ، وأن لا يكون في البيع حق لغير البائع فلم ينقد بيع (۳) الفضولي عندنا . أما شراؤه فنافذ :

قلت : أي لم ينقد إذا باعه لأجل نفسه لا لأجل مالكة لكنه على الرواية الضعيفة . والصحيح انعقاده موقوفاً كما سيأتي في بابه : والولاية إما بأبائه المالك كالكفالة ، والشارع كولاية الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه ، ولا ينفذ بيع مرهون ومستأجر ، وللمشتري فسحة إن لم يعلم لا يرهنه ويستأجر .

وأما الثالث ، وهو شرائط الصحة فخمسة وعشرون : منها عامة ومنها خاصة ، فالعامة لكل بيع شروط الانعقاد المارة لأن مالا ينقد لا يصح ، وعدم التوقيت ، ومعلومية المبيع ، ومعلومية الثمن بما يرفع المازعة فلا يصح بيع شاة من هذا القطيع وبيع الشيء بقيمته أو بحكم فلان ، وخلوه من شرط . ففسد كما سيأتي في البيع الفاسد والرضا والفائدة . ففسد بيع المكره وشراؤه وبيع مالا فائدة فيه وشراؤه كما مر ، وانحصار معلومة الأجل في البيع المؤجل ثمته والقبض في بيع المشتري (۴) المنقول ، وفي الدين ، ففسد بيع الدين قبل قبضه كالمسلم فيه ورأس المال وبيع شيء بدين على غير البائع وكون البديل مسمى في المبادلة القولية ، فإن سكنت عنه ففسد وملك بالقبض والمماثلة بين البديلين في أموال الربا ، وخلوه من شبه الربا ، ووجود شرائط السلم فيه ، والقبض في الصرف قبل الافتراق ، وعلم الثمن الأول في مراصة ، وتولية وإشراك ووضعية .

وأما الرابع ، وهو شرائط اللزوم بعد الانعقاد والنفاذ فمخاوه من الخيارات الأربعة المشهورة وباقي الخيارات

(۱) قوله لم ينقد إلا في الشفعة بأن الفسخ (وذلك لأن العقد بالنسبة للمعاقد يحصل إلى الشفع ، ولذا لو ظهر بالمبيع ميب يرجع به على البائع ، فهذا الاختيار كان الشفع قائلاً بغير ما أوجبه البائع اهـ .

(۲) قوله قلت صوابه تسعة (أي للاختصاص . يذكر المال من قيد الوجود فإن المال اسم لما تميل إليه النفس ويغير لمعناه وهو لا يكون إلا موجوداً ولا فناء كون المالك البائع من كونه مملوكاً في نفسه اهـ .

(۳) قوله فلم ينقد بيع الفسخ (عبارة البحر : فلم ينفذ ، وهو المناسب للتفريع تأمل اهـ .

(۴) قوله والقبض في بيع المشتري الفسخ (أي يشترط قبض متقول اشتراء لمصلحة يبيع ، فلو اشترى متقولاً ولم يقبله فبطل

لا يصح بيعه اهـ .

ومحله المال . وحكمه ثبوت الملك : وحكمته نظام بقاء المعاش والعالم . وصفته : مباح مكروه حرام واجب . وثبوته بالكتاب والسنة والإجماع والقياس (فالإيجاب) هو (ما يذكر أولا من كلام) أحد (المتعاقدين) والقبول ما يذكر ثانيا من الآخر سواء كان بيعت أو اشتريت

الآتية في أول باب خيار الشرط ، فقد صارت جملة شرائط ستة وسبعين اه ملخصا أي لأن شرائط الانعقاد أحد عشر على ما قاله أولا وشرائط النفاذ اثنان ، وشرائط الصحة خمسة وعشرون صارت ثمانية وثلاثين ، وهي كلها شرائط اللزوم مع زيادة الخلو من الخيارات ، لكن بذلك تصير الجملة سبعة وسبعين ، نعم تنقص ثمانية على ما قلنا من أن الصواب أن شرائط الانعقاد تسعة فيسقط منها اثنان ، ومن شرائط الصحة اثنان ومن شرائط اللزوم أربعة فتصير الجملة تسعة وستين . ثم زاد في شروط المعقود عليه إذا لم يرباه الإشارة إليه أو إلى مكانه كما سيأتي في باب خيار الرؤية ، وسيأتي تمام الكلام عليه عند قوله وشرط الصحة معرفة قدر مبيع وثمان (قوله ومحله المال) فيه نظر ، لما مر من أن الخمر مال مع أن بيعه باطل في حق المسلم ، فكان عليه إبداله بالمعقود وهو أخص من المال كما مر بيانه ، فخرج ما ليس بمال أصلا كالبينة والدم ، وما كان مالا غير متقوم كالخمر فإن ذلك غير محل للبيع (قوله وحكمه ثبوت الملك) أي في البلدين لكل منهما في بدل ، وهذا حكمه الأصلي ، والتابع وجوب تسليم المبيع والثمان ، ووجوب استبراء الجارية على المشتري ، وملك الاستمتاع بها ، وثبوت الشفعة لو عقارا ، وهنق المبيع لو محرما من البائع بحر ، وصوابه من المشتري (قوله وحكمته نظام بقاء المعاش والعالم) حقه أن يقول بقاء نظام المعاش الخ فإنه سبحانه وتعالى خلق العالم على أنم نظام وأحكم أمر معاشه أحسن لإحكام ، ولا يتم ذلك إلا بالبيع والشراء إذ لا يقدر أحد أن يعمل لنفسه كل ما يحتاجه ، لأنه إذا اشتغل بحرث الأرض وبنز القمح وخدمته وحراسه وحصده ودواسته وتذريته وتنظيفه وطحنه وعجنه لم يقدر على أن يشتغل بيده ما يحتاج ذلك من آلات الحراثة والحصد ونحوه فضلا عن اشتغاله فيها يحتاجه من ملابس ومسكن فاضطر إلى شراء ذلك ، ولولا الشراء لكان يأخذه بالقهر أو بالسؤال إن أمكن وإلا فانتل صاحبه عليه ، ولا يتم مع ذلك بقاء العالم (قوله مباح) هو ما خلا عن أوصاف ما بعده (قوله مكروه) كالبيع بعد النداء في الجمعة (قوله حرام) كبيع خمر لمن يشرها (قوله واجب) كبيع شيء لمن يضطر إليه (قوله والسنة) فإنه عليه الصلاة والسلام باع واشترى وأقر أصحابه على ذلك أيضا (قوله والقياس) عبارة البحر والمعقول اه لأنه أمر ضروري يجزم العقل بشبوته كقيام الأمور الضرورية المتوقفة عليها انتظام معاشه ويقاله فافهم (قوله فالإيجاب الخ) هذه الفاء الفصيحة وهي المقتضحة عن شرط مما أي إذا أردت معرفة الإيجاب والقبول المذكورين . وفي الفتح : الإيجاب الإثبات لغة لأي شيء كان ، والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا سواء وقع من البائع أو من المشتري ، كان يتبدى المشتري فيقول اشتريت منك هذا بألف والقبول الفعل الثاني ، وإلا فكل منهما إيجاب : أي إثبات فسمى الثاني بالقبول تمييزا له عن الإثبات الأول ولأنه يقع قبولا ورضا بفعل الأول اه (قوله والقبول) في بعض النسخ فالقبول بالفاء ، فهو تفرغ على تعريف الإيجاب ، ولذا قال المصنف لما ذكر أن الإيجاب ماذكر أولا علم أن الإيجاب (۱) هو ماذكر ثانيا من كلام أحدهما أفاده (قوله ما يذكر ثانيا من الآخر) أي من العاقد الآخر ، والتعبير ببذكرة لا يشمل الفعل ، وعرفه في الفتح بأنه الفعل الثاني كما مر ، وقال لأنه أهم من اللفظ ، فإن من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام ب درهم فأكلته تم البيع وأكله حلال ، والركوب واللبس بعد قول البائع أركبها بمائة وأليس هكذا رضا بالبائع ؟

(۱) (قوله علم أن الإيجاب الخ) هكذا بخطه ، وصوابه علم أن القبول فتح كما هو ظاهر اه مصححه .

(الدال على التراضی) قید به اقتداء بالآیة وبیانا للبیع الشرعی ، ولذا لم یلزم بیع المکره وإن انعقد ، ولم یعتقد مع المزل لعدم الرضا بحکمه معه .

مطلب القبول قد یكون بالفعل وليس من صور التعاطی

وكذا إذا قال بعتك بألف قبضه ولم یقل شيئا كان قبضه قبولا ، بخلاف بیع التعاطی فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط ، ففي جمل الأخيرة من صور التعاطی كما فعل بعضهم نظر اه : ودكر في الخاتمة أن القبض يقوم مقام القبول ، وعليه فتعريف القبول بالقول لكونه الأصل (قوله الدال على التراضی) الأولى أن يقول الرضا كما عبر به في الفتح والبحر ، لأن التراضی من الجانبين لا بدل عليه الإيجاب وحده بل هو مع القبول أفاده ح (قوله قید به اقتداء بالآیة) وهی قوله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - (قوله وبیانا للبیع الشرعی) استظهر في الفتح أن التراضی لابد منه في البيع اللغوی أيضا ، فإنه لا يفهم من باع زيد عبده لغة إلا أنه استبدله بالتراضی اه . ونقل مثله القهستانی عن إكراه الكفاية والكرماني وقال : وعليه يدل كلام الراغب خلافاً لشيخ الإسلام (قوله ولذا لم یلزم بیع المکره) قدما أن بیع المکره فاسد موقوف على إجازة البائع ، وأن البيع المعروف يشمل سائر أنواع البيع الفاسد ، وأن قول الكنز : البيع مبادلة المال بالمال بالتراضی غير مرضی لأنه يخرج بیع المکره مع أنه داخل : وأجيب عنه بما ذكره الشارح بأنه قید به اقتداء بالآیة : أى لا للأحرار ، لكن قوله وبیانا للبیع الشرعی إن أراد به البيع المقابل للغوی . يرد عليه ما علمته من اعتبار التراضی في البيع اللغوی ، وأنه لا يعتبر في البيع الشرعی ، إذ لو كان جزء مفهومه لزم أن يكون بیع المکره باطلا لا فاسدا ، بل التراضی شرط لثبوت حكمه شرعا وهو الملك كما قدمناه عن الفتح ، وإن أراد بالشرعی انحلال الفساد بالتقييد بالتراضی لا يخرج بقية البيوع الفاسدة ، بل التعريف شامل لها ، ثم لا يخفى أن هذا كله إنما يأتى في عبارة الكنز حيث جعل فيها التراضی قيدا في التعريف . أما قول المصنف الدال على التراضی فلا لكونه ذكره صفة للإيجاب ، فهو بيان للواقع ، فإن الأصل فيه أن يكون دليلا على الرضا ولكن لا يلزم منه وجود الرضا حقيقة فلا يخرج به بیع المکره تأمل .

مطلب في حكم البيع مع المزل

(قوله ولم یعتقد مع المزل الخ) المزل في اللغة : العيب . وفي الاصطلاح : هو أن يراد بالشئ ما لم يوضع له ولا ما صبح له اللفظ استعارة ، والمزال يتكلم بصيغة العقد مثلا باختياره ورضاه ، لكن لا يختار ثبوته للحكم ولا يرضاه : والاختيار : هو القصد إلى الشئ وإرادته . والرضا : هو إثارته واستحسانه ، فالمکره على الشئ يختاره ولا يرضاه ، ومن هنا قالوا : إن المعاصي والقبائح بارادة الله تعالى لا يرضاه - إن الله لا يرضى لعباده الكفر - كذا في التلويح . وشرطه : أى شرط تحقق المزل واعتباره في التصرفات أن يكون صريحا باللسان مثل أن يقول إني أبيع هازلا ، ولا يكفي بدلالة الحال إلا أنه لا يشترط ذكره في العقد ، فيمكن أن تكون المواضعة سابقة على العقد ، فإن تواضعا على المزل بأصل البيع : أى توافقا على أنهما يتكلمان بلفظ البيع عند الناس ولا يريدانه اتفاقا على البناء : أى على أنهما لم يرفعا المزل ولم يرجعا عنه فاليبيع معتقد لصدوره من أهله في محله ، لكن يفسد البيع لعدم الرضا بحكمه فصار كالبيع بشرط اختيار أبدا ، لكنه لا يملك بالقبض لعدم الرضا بالحكم ، حتى لو أعتقه المشتري لا ينفذ حقه هكذا ذكرنا . وينبغي أن يكون البيع باطلا لوجود حكمه ، وهو أنه لا يملك بالقبض . وأما الفاسد

هذا ورد على التعريفين مافی التارخانیة : او خرجا معاصم البیع ، لكن فی القهستانی : لو كانا معا لم یفقد
لما قالوا فی السلام ، وعلى الأول مافی الأشباه تكرر الإيجاب مبطل للأول إلا فی عتی وطلاق علی مال ،

فحكمه أن یملك بالقبض حیث كان مختارا راضیا بحكمه ، أما عند عدم الرضا به فلا مال منار وشرحه لصاحب البحر
فقول الشارح ولم یعتقد مع المزل الذى هو من مدخول العلة غیر صحیح ، لمناقضاته ما تقدم من أنه منعت لصدوره من أهله
فی محله ؟ لكنه یفسد البیع لعدم الرضا بالحكم ، إلا أن یحمل علی نهی الانعقاد الصحیح أو یشمى علی البحث الذى
ذكره بقوله ویبقى الخ اه ط :

قلت : قد صرح فی الخانیة والقنیة بأنه بیع باطل وبه یتأید ما بحثه فی شرح المنار ، وكثیرا ما یطلقون لفاسد
علی الباطل كما ستعرفه فی بابہ ، لكن رد علی بطلانه أنهما لو أجازاه جاز والباطل لا تلحقه الإجازة ،
وأن الباطل ما لیس منعقد أصلا ، والقاسد ما كان منعقدا بأصله لا بوصفه ، وهذا منعقد بأصله لأنه مبادلة مال
بمال دون وصفه ، ولذلك أجاب بعض العلماء بحمل مافی الخانیة علی أن المراد بالبطلان الفساد كما فی حاشیة
الحموی وتعامه فیها .

قلت : وهذا أول لموافقته لما فی كتب الأصول من أنه فاسد : وأما عدم إفاذه الملك بالقبض فلكونه أشبه البیع
بالحبار لها ، ولیس كل فاسد یملك بالقبض ، ولذا قال فی الأشباه : إذا قبض المشتري المبیع فاسدا ملكه إلا فی مسائل :
الأولى لا یملكه فی بیع المازل كما فی الأصول . الثانية لو اشتراه الأب من ماله لابنه الصغیر أو باعه له كذلك فاسدا
لا یملكه بالقبض حتى یستعمله ، كذا فی المحيط . الثالثة لو كان مقبوضا فی يد المشتري أمانة لا یملكه به اه . وذكر
الشارح مسألة بیع المزل قبیل الكفالة وذكرها المصنف تنافى الإكراه (قوله ورد علی التعریفین) أى تعریفی الإيجاب
والقبول حیث قید الإيجاب بكونه أولا والقبول بكونه ثانيا ط (قوله لكن فی القهستانی الخ) ومثله فی التجنیس
لصاحب الهدایة (قوله كما قالوا فی السلام) أى لو رد علی المسلم مع السلام فلا بد من الإعادة (۱) (قوله وعلى الأول)
أى ورد علی التعریف الأول حیث قید بكونه أولا ، والمعتبر فى التكرار هو الثانى : والجواب أن الإيجاب الأول لم یبطل
صار الثانى أولا فی الصحیق ، علی أن كلام الإيجابین أول بالنسبة إلى القبول أفاده ط . (قوله تكرر الإيجاب)
أى قبل القبول (قوله مبطل للأول) ینصرف القبول إلى الإيجاب الثانى ، ویكون بیعا بانثن الأول بحر ، وصوابه
بانثن الثانى كما هو ظاهر ، ویعلم بما یأتى (قوله إلا فی عتی وطلاق علی مال) لم یدكر فی الأشباه الطلاق بل ذكره
فی البحر . وقد اعترض البیری علی الأشباه حیث اقتصر علی العتی مع أن الولوالجی ذكر الطلاق أيضا ، وذكر
أنه روى عن أبی یوسف أنهما كالبیع ، وأن ماروى عن محمد أصبح اه .

وفی البیری أيضا عن الذخیرة قال لغيره یثقل هذا ألف درهم ثم قال بعته بمائة دینار فقال المشتري قبلت
انصرف قوله إلى الإيجاب الثانى ویكون بیعا بمائة دینار ، بخلاف ما لو قال لعهده أنت حر علی ألف درهم أنت حر
علی مائة دینار فقال العبد قبلت لزمه المالان . والفرق أن الإيجاب الثانى رجوع عن الإيجاب الأول ورجوع البائع
قبل قبول المشتري حامل ، ألا ترى أنه لو قال رجعت عن ذلك قبل قبول المشتري یعمل رجوعه ، وإذا عمل
رجوعه بطل الإيجاب الأول وانصرف القبول إلى الإيجاب الثانى : أما رجوع المولى عن إيجاب العتی لیس بعامل
ألا ترى أنه لو قال رجعت عن ذلك لا یعمل رجوعه ، لأن إيجاب العتی بالمال یطیق بالقبول والرجوع فی التصلیات

(۱) (قوله فلا بد من الإعادة) أى إعادة الرد ، وكأزه ماخوذة من الفاء فی قوله تعال — فحبوا بأحسن منها — الخ اه .

وسيجيء في الصلح ، وفي المنظومة المحبية :

وكل عقد بعد عقد جددا
فالصلح بعد الصلح أضحي باطلا
فأبطل الثاني لأنه سدى
كذا الكاح ماعدا مسائل
منها الشرا بعد الشراء صحوا

لا يعمل ، فبقى كل من الإيجاب الأول والثاني فانصرف القبول لإيهما اه (قوله وسيجيء في الصلح) قال الشارح هناك : والأصل أن كل عقد أعيد فالثاني باطل إلا في الكفالة والشراء والإجارة اه وفيه أن هذا ومافى الظم من تكرار العقد والكلام في تكرار الإيجاب كما لا يخفى اه ح أى لأن العقد اسم لمجموع الإيجاب والقبول ، وتكراره غير تكرار الإيجاب الذى كلامه فيه (قوله وكل عقد بعد عقد جددا الخ) في التتارخاية قال : بعثك عبدي هذا بألف درهم بعثك بمائة دينار فقال المشتري : قبلت بنصرف إلى الإيجاب الثاني ، ويكون بمائة دينار ولو قال : بعثك هذا العبد بألف درهم وقبل المشتري ثم قال بعته منك بمائة دينار في المجلس أو في مجلس آخر وقال المشتري : اشتريت بتعقد الثاني وينسخ الأول وكذا لو باعه بجنس الخ الأول بألف أو بأكثر نحو أن يبيعه منه بعشرة ثم باعه بتسعة أو بأحد عشر ، فإن باع بعشرة لا يتعقد الثاني ويبقى الأول بمائة مثلاً لتكرار الإيجاب فقط ومثال لتكرار العقد (قوله فأبطل الثاني) أى إذا كان بمثل الخ الأول كما علمت لأنه سدى أى لا فائدة فيه (قوله فالصلح بعد الصلح أضحي باطلا) هذا إذا كان الصلح على سبيل الإسقاط . أما إذا كان الصلح على عوض ثم اصطلاحاً على عوض آخر ، فالثاني هو الجائر ، وينسخ الأول كالبيع يبرى عن الخلاصة عن المتقى .

قلت : إن ظاهر أن الصلح على سبيل الإسقاط بمعنى الإبراء ، وبطلان الثاني ظاهر ، ولكنه بعد الإرادة هنا فالتناسب حل الصلح على المتبادر منه ويكون المراد به ما إذا كان بمثل العوض الأول بقربة قوله كالبيع ، وعليه فالظاهر أن حكمه كالبيع في التفصيل المار فيه (قوله كذا النكاح) أى فالثاني باطل ، فلا يلزمه المهر المسمى به إلا إذا جددده للزيادة في المهر كما في القنية بحر .

قلت : لكن قدمنا في أوائل باب المهر عن البرازية أن عدم لزوم إذا جدد العقد للاحتياط ، وقدمنا أيضاً عن الكافي لورتوجها في السر بألف ثم في العلانية بألفين ظاهر المنصوص في الأصل أنه يلزمه عنده الألف ويكون زيادة في المهر ، وعند أبي يوسف المهر هو الأول إذ العقد الثاني لنوفيلذو ما فيه وعند الإمام أن الثاني وإن لغا لا يلغو ما فيه من الزيادة اه . وذكر في الفتح هناك أن هذا إذا لم يشهد على أن الثاني هزل ، وإلا فلا خلاف في اعتبار الأول ثم ذكر أن بعضهم اعتبر ما في العقد الثاني فقط وبعضهم أوجب كلا المهرين وأن قاضيهان أفتى بأنه لا يجب بالعقد الثاني شيء ما لم يقصد به الزيادة في المهر ، ثم وفق بينه وبين إطلاق الجمهور لزوم بمحل كلامه على أنه لا يلزمه ديانة في نفس الأمر إلا بقصد الزيادة بل يلزمه قضاء ، لأنه يؤاخذ بظاهر لفظه إلا أن يشهد على الهزل اه ؛

والحاصل : اعتماد قول الإمام الذى هو ظاهر المنصوص من لزوم الزيادة وحينئذ فمضى كون الثاني لنوا أنه لا ينسخ الأول به (قوله ماعدا مسائل) استثناء من قوله فأبطل الثاني (قوله منها الشراء بعد الشراء) بقصر الشراء الأول للظم قال في الأشياء أطلقه في جامع الفصولين ، وقيدته في القنية بأن يكون الثاني أكثر ثمناً من الأول أو أقل أو يجنس آخر وإلا فلا يصح اه .

كذا كفالة على ماصرحوا
إذ المراد صاح في المحقق منها إذا زيادة التوثيق
(وهما عبارة عن كل لفظين يثبتان (۱) عن معنى التملك والتملك ماضيين) كعبت واشتريت

قلت : فعل ما في القنية لافرق بين الشراء والبيع ، ولذا أطلق العقد في البحر حيث قال : وإذا تعدد الإيجاب والقبول انعقد الثاني وانسخ الأول لأن كان الثاني بأزيد من الأول أو انقص وإن كان مثله لم ينسخ الأول واختلفا
فما إذا كان الثاني فاسدا هل يتضمن فسخ الأول اهـ . قال في التهر : ومقتضى النظر أن الأول لا ينسخ اهـ لكن جزم
في جامع الفصولين والبزاية بأنه ينسخ وكذا قال في الذخيرة إن الثاني وإن كان فاسدا فإنه يتضمن فسخ الأول ،
كما لو اشترى قلب ففقد ورنه عشرة بعشرة وتقابضا ثم اشتراه منه بستة وعلاه البزاية بأن الفاسد ملحق بالصحيح (۲)
في كثير من الأحكام اهـ رمى ملخصا (قوله كذا كفالة) قال في الحانية : الكفيل بالنفس إذا أعطى الطالب
كفيلة بنفسه فأت الأصيل برى الكفيلان ، وكذا لو مات الكفيل الأول برى الكفيل الثاني كذا ذكره بعض
الأفاضل قال : وأشار بجموع تعددها إلى أن المكفول له لو أخذ من الأصيل بكفيلة آخر بعد الأول لم يبرأ الأول. كذا
في حاشية السيد أبي السعود على الأشباه .

[تنبيه] زاد في الأشباه أن الإجارة بعد الإجارة من المستأجر الأول فسخ للأولى كما في البزاية . وقال البحر
وينبغي أن المدة إذا تحدت فيهما وأعد الأجران لا تصح الثانية كالبيع (قوله إذا المراد الخ) تعليل لعدم بطلان
الكفالة الثانية بأن المراد منها في الحقيقة إذا أي حين كررت إنما هو زيادة التوثيق بأخذ كفيل آخر ، حتى يتمكن
من مطالبة أيهما أراد (قوله وهما عبارة الخ) أي الإيجاب والقبول . مبرهما عن كل لفظين الخ . قال الزيلعي :
وينعقد بكل لفظ ينشأ عن التحقيق (۳) كعبت واشتريت ورضيت أو أعطيتك أو أخذه بكذا اهـ أو كل
هذا الطعام بدرهم في عليك فأكله ونحو ذلك من الأفعال كما قدمناه من الفتح قبل وقتين ، وينعقد ببيع معاق
يفعل قلب كذا أردت فقال أردت أو إن أعجبك أو وافقت فقال : أعجبتني أو وافقتي ، وأما إن أديت إلى الفائن
فقد يهلك فإن أدى في المجلس صح ويصح الإيجاب بلفظ الهبة وأشركتك فيه وأدخلتك فيه ، وينعقد بلفظ الرد يهر
عن التارخانية :

قلت : وعبارتها ولو قال أرد عليك هذه الأمانة بخمسين دينارا وقبل الآخر ثبت البيع اهـ وفي البحر ويصح
الإيجاب بلفظ الجعل كقولهم : جعلت لك هذا بألف وتمامه فيه .

قلت : وفي عرفنا يسمى بيع الثمار على الأشجار ضامنا فإذا قال ضمنتك هذه الثمار بكذا ، وقبل الآخر ينبغي
أن يصح وكذا تعارفوا في بيع أحد الشريكين في الدواب لشريكه الآخر لفظ المقاصرة ، فيقول : قاصرتك بكذا
ومراد به أنك حصتي من هذه الدابة بكذا فإذا قبل الآخر صح لأنها من ألفاظ التملك عرفا .

(۱) (قوله المصنف عن كل لفظين يثبتان الخ) قال في البحر : أو قال معنى هذا بكذا فإلما طابت نفس لا ينشأ اهـ ولعل لم يوجد
فيه الإيهام .

(۲) (قوله ملحق بالصحيح الخ) أي فيعمل به . فكأن أن الصحيح يظل المدة الأول كذلك ما الحق به وهو الفاسد اهـ .

(۳) (قوله وينعقد بكل لفظ ينشأ عن التحقيق) أي لا يبيع لا يمتنع بلفظ وإنما يثبت المحسك إذا وجد معنى التملك والملك
بخلاف الطلاق والعتاق فإنه لا يحرر المعنى فيها وإنما تعتبر الألفاظ الموصوفة لها صريحا أو كناية ولا يشترط أي في البيع أن يشتمل القبول
على الخطاب بعد ما صدر الإيجاب بالخطاب ولو قال به قوله يهلك بكذا اشتريت ولم يقر منك صح بجر من الفتح اهـ أي يكتفى بوجود الخطاب
في الإيجاب .

(أو حالين) كضارعين لم يقرنا بسوف والسين كأبيك فيقول أشتريه أو أحدهما ماض والآخر حال (و) لكن لا يحتاج الأول إلى نية بخلاف الثاني) فإن نوى به الإيجاب الحال صح على الأصح وإلا لا إذا استعملوه للحال كأهل خوارزم فكالماضى وأبيك الآن تمنحه للحال، وأما المتحضر للاستقبال فكالأمر لا يصح أصلا إلا الأمر إذا دل على الحال كخذه بكذا فقال أخذت أو رخصت صح بطريق الاقتضاء فليحفظ (ويصح إضافته إلى عضو يصح إضافته العتيق إليه) كوجه وفرج (وإلا لا) كظهر وبطن (و) كل مادل على معنى بعث واشترت نحو (قد فعلت ونعم وهات الخ) وهو لك أو عبدك أو فداك أو خذه (قبول)

[تنبيه] ظاهر قوله عن لفظين (۱) أنه لا ينعقد بالإشارة بالرأس، ويدل عليه ما في الحاوي الراهدي في فصل البيع الموقوف فصول باع مال غيره فبلغه فسكت متأملا فقال ثالث: هل أذنت لي في الإجازة؟ فقال نعم فأحازه ينفذ ولو حرك رأسه بنعم فلا لأن تحريك الرأس في حق الناطق لا يعتبر اهله لكن قد يقال (۲) إذا قال له بعني كذا بكذا فأشار برأسه نعم، فقال الآخر اشتريت وحصل التسليم بالتراضي يكون بيعا بالتعاطي بخلاف ما إذا لم يحصل التسليم من أحد الجانبين على ما يأتي في بيع التعاطي أنه لا بد من وجوده ولو من أحدهما هذا مظهر. وفي الأشباه من أحكام الإشارة وإن لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر إشارته إلا في أربع الكفر والإسلام والنسب والإفتاء الخ (قوله أو حالين) بتخفيف اللام (قوله لا يحتاج الأول) وهو الصادر بلفظين ماضيين ط عن المنع وكذا الماضى فيما لو كانا مختلفين (قوله بخلاف الثاني) فإنه يحتاج إليها وإن كان حقيقة للحال عندنا على الأصح (۳) لفظة استعماله في الاستقبال حقيقة أو مجازا بجر من البدائع (قوله وإلا لا) صادق بما إذا نوى الاستقبال أو لم يوشئ ط (قوله للحال) أى ولا يستعملونه للوحد والاستقبال ط (قوله فكالماضى) فلا يحتاج إلى النية بجر ط (قوله وأبيك الآن) عطف على المستثنى اهـ وهذا أولى بالحكم لأنه إذا علمت نية الحال فالنصيحة به أولى ط (قوله وأما المتحضر للاستقبال) كالمقرون بالسين وسوف ط (قوله فكالأمر) بأن قال المشتري: بعني هذا الثوب بكذا فيقول بعث أو يقول البائع: أشتريه بكذا فيقول اشترته ط (قوله لا يصح أصلا) أى سواء نوى بذلك الحال أولا لكون الأمر مضمنا للاستقبال وكذا المضارع المقرون بالسين أو سوف ط (قوله كخذه بكذا الخ) قال في الفتح فإنه وإن كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعنى الأمر بالأخذ يستدعى سابقة البيع، فكان كالماضى إلا أن استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذ سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما إذا قال: بعثك عدي هذا بألف فقال فهو حر عتيق، ويثبت باشرية اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلافاء لا يعتق (قوله كوجه وفرج) بأن قال بعثك وجه هذا العبد أو فرج هذه الأمة لأنه مما يعبر به عن الكل (قوله وكل مادل الخ) تفصيل لقوله وهما عبارتان (۴): عن كل لفظين الخ (قوله قبول) خبر قوله وكل وظاهره أنه قبول سواء كان من البائع أو المشتري وأنه لا يكون إيجابا مع أنه يكون من البائع فقط كما نبه عليه بقوله لكن في التولويجية، ويكون إيجابا أيضا قال في البحر لو قال: أبيعني عبدك هذا بألف فقال نعم فقال أخذه فهو بيع لازم فومت كلمة نعم إيجابا وكذا تقع قبولا

(۱) قوله عن لفظين (كذا بخطه) والحق في نسخ الفتح عن كل لفظين اهـ.

(۲) قوله لكن قد يقال الخ) فيه أن المتبرر إما هو التسليم ولا مدخل لصريك الرأس فيه ولذا لو لم يحصل التسليم لانه فرج كما ذكره بعد فلا يصلح للاستدراك.

(۳) قوله ط الأصح الخ) مقابلة ما في المحيط وشرح القدرى والتحرير أنه لا يصح بالمحال اهـ.

(۴) قوله وهما عبارتان الخ) هكذا بخطه بالتنبيه والحق تقدم وجه عبارة بالإنفراد اهـ.

لكن في الولوالجية : إن بدأ البائع قبيل المشتري بنعم لم ينعقد ، لأنه ليس بتحقيق^(۱) وبعكسه صح لأنه جواب وفي الفينة نعم بعد الاستفهام كهل بعث ، أي بكذا بيع إن نقد الثمن^(۲) لأن النقد دليل التحقيق ولو قال : بعته فبلغه يافلان فبلغه غيره جاز فليحفظ (ولا يتوقف شطر العقد فيه) أي البيع (على قبول غائب) فلو قال بعث فلانا الغائب فبلغه قبيل لم ينعقد (اتفاقا) إلا إذا كان بكتابة أو رسالة فيعتبر مجلس بلوغها (كما) لا يتوقف (في النكاح على الأظهر) خلافا للثاني ،

فما لو قال اشتريت منك هذا بألف فقال نعم اه ونحوه في الفتح (قوله السكن في الولوالجية البيع) ومثله ما في التارخانية بعث منك هذا بألف فقال المشتري قد فعلت ، فهذا بيع ولو قال نعم لا يكون بيعا وذكر في فتاوى سمرقندي أن من قال لغيره اشتريت عندك هذا بألف درهم فقال البائع قد فعلت ، أو قال نعم أو قال هات الثمن صح البيع وهو الأصح اه فهذا أيضا صريح في أنه لا يكون قبولا من المشتري (قوله لأنه ليس بتحقيق) لأن قول المشتري نعم تصديق لقول البائع بعثك ، ولا يتحقق البيع بمجرد قوله بعثك ، بخلاف قول البائع نعم بعد قول المشتري اشتريت ، لأنه جواب له فكأنه قال نعم اشتريت مني والشرء يتوقف على سبق البيع هذا ما ظهر في فتامله (قوله وفي الفينة الخ) استدراك أيضا على المتن بأنه يكون إيجابا أيضا كما نبهنا عليه وعبارتها كافي البحر : كهل بعث مني بكذا أو هل اشتريت ، أي بكذا الخ وظاهره أن نقد الثمن قائم مقام القبول لأن نعم بعد الاستفهام إيجاب فقط ، فكان النقد بمنزلة قوله أخذته أو رضيت ولا يشترط في القبول أن يكون قولاً كما نقلناه سابقا عن الفتح (قوله ولو قال بعته الخ) المناسب ذكر هذا الفرع عقب قوله الآتي إلا إذا كان بكتابة أو رسالة ، ووجه الجواز مانقل عن المحيط أنه حين قال بلغه فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ فكل من بلغه كان التبليغ رضاه فإن قبل صح البيع (قوله ولا يتوقف) أي بل يبطل ح (قوله شطر العقد) المراد به^(۳) الإيجاب الصادر أولا (قوله فيه) أي البيع احتراز عن الخلع والعق كذا يأتي (قوله فبلغه) أي من غير أن يأمر أحدا بتبليغه كما في الخلاصة ، أما لو أمر أحدا به فبلغه وقبل بصرح ولو كان المبلغ غير المأمور كما مر آنفا (قوله إلا إذا كان بكتابة أو رسالة) صورة الكتابة أن يكتب أما بعد فقد بعث عبيدي فلانا منك بكذا فلما بلغه الكتاب قال ن مجلسه ذلك اشتريت ثم البيع بينهما : وصورة الإرسال أن يرسل رسولا فيقول البائع بعث هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يافلان وقيل له قد ذهب الرسول فأخبره بما قال قبيل المشتري في مجلسه ذلك وفي النهاية وكذا هذا في الإجارة والهبة والكتابة بحر .

قلت : ويكون بالكتابة من الجانبين فإذا كتب اشتريت عندك فلانا بكذا فكتب إليه البائع قد بعث فهذا بيع كما في التارخانية (قوله فيعتبر مجلس بلوغها) أي باوغ الرسالة أو الكتابة قال في الهداية : والكتابة كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتابة وأداء الرسالة اه وفي غاية البيان وقال شمس الأئمة السرخسي في كتاب النكاح من مهسوطه : كما ينعقد النكاح بالكتابة ينعقد البيع وسائر التصرفات بالكتابة أيضا . وذكر شيخ الإسلام

(۱) (قوله الشارح ليس بتحقيق الخ) ألا ترى إذا قل لا مرأته اختزى نفسك فقلت قد فعلت كان هذا اعتبارا ، ولو قالت نعم لا اه ط .

(۲) (قوله الشارح إن نقد الثمن) مهم من هذا أنه إذا قيل المشتري بنعم كما في مسألة الولوالجية ونقد الثمن ينفع بل هو أول

لعمم الاستفهام فيه اه من

(۳) (قوله المراد به الخ) لأنه هو الذي يوصف ويكنى به يتوقف أولا لا القبول لوقوعه معضا لنقد اه ط .

فله الرجوع لأنه عقد معاوضة بخلاف الخلع والعنت على مال حيث يتوقف اتفاقا فلا رجوع لأنه بمن نهاية (وأما الفعل فالتعاطي) وهو التناول قاموس (في خسيس ونفيس) خلافا للكرخي

خواهر زاده في مبسوطه الكتاب والخطاب سواء إلا في فصل واحد وهو أنه لو كان حاضرا فخطبها بالنكاح ، فلم تجب في مجلس الخطاب ، ثم أجابت في مجلس آخر ، فإن النكاح لا يصح وفي الكتاب إذا بانها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه ، ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود . وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب يصح النكاح لأن الغائب إنما صار مخاطبا لها بالكتاب والكتاب باق في المجلس الثاني فصار بقاء الكتاب في مجلسه وقد سمع الشهود ما فيه في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر فأما إذا كان حاضرا فلأنما صار مخاطبا لها بالكلام ، وما وجد من الكلام لا ينفي إلى المجلس الثاني وإنما سمع الشهود في المجلس الثاني أحد شرطى العقد اه .

وحاصله : أن قوله تزوجتك بكذا إذا لم يوجد قبول يكون مجرد خطبة منه لها ، فإذا قامت في مجلس آخر لا يصح بخلاف ما لو كتب ذلك إليها لأنها لما قرأت الكتاب ثانيا وفيه قوله تزوجت بكذا ، وقبلت عند الشهود صح العقد كما لو خطبها به ثانيا : وظاهره أن البيع كذلك وهو خلاف ظاهر الهداية فتأمل . ثم لا يخفى أن قراءة الكتاب صارت بمنزلة الإيجاب من الكاتب ، فإذا قبل المكتوب إليه في المحاسن فقد صدر الإيجاب وشيئ في مجلس واحد فلا حاجة إلى قوله إلا إذا كان بكتابة أو رسالة نعم بالنظر إلى مجلس الكتابة يصح فإنه لم يكتب بهتم لم يبلغ بل توقف . على القبول وإن كان ذلك القبول متوقفا على قراءة الكتاب فافهم (قوله فله الرجوع) ليس المراد أن الموجب له الرجوع في هذه الصورة ، فإن الإيجاب إذا كان باطلا فلا معنى للرجوع عنه بل المراد أن الموجب له الرجوع قبل قبول الحاضر ، قال في المنع : ثم في كل موضع لا يتوقف شرط العقد فإنه يجوز من العاقد الرجوع عنه ، ولا يجوز تعديفه بالشرط لأنه عقد معاوضة وفي كل موضع يتوقف كاخلع والعنت على مال لا يصح الرجوع ، ويصح استعاقبه بالشرط لكونه بمنزلة من جانب الزوج والمولى معاوضة من جانب الزوجة والعبد اه ح (قوله لأنه بمن) أى من جانب الزوج والمولى وذلك أن الثمين يغير الله تعالى ذكر الشرط والجزاء والخلع والعنت وتعلق الطلاق والعنت بقبول المرأة والعبد وهما من جانب المرأة والعبد معاوضة فحيث كان بمنزلة من جانب الزوج والمولى امتنع الرجوع وبما في العزيمة (قوله وأما الفعل) عطف على قوله أما القول (قوله وهو التناول قاموس) قال في البحر : وهكذا في الصحاح والمصباح ، وهو إنما يقتضى الاعطاء من جانب والأخذ من جانب لا الإعطاء من الجانبين كما فهم الطرسمي أى حيث قال : إن حقيقة التعاطي وضع الثمن ، وأخذ الثمن عن تراض منهما من غير لفظ ، وهو يفيد أنه لا بد من الاعطاء من الجانبين لأنه من المعاوضة وهي معاوضة اه .

قلت : وقوله من غير لفظ يفيد ما قدمناه عن الفتح من أنه لو قال : بعتك بألف فقبضه المشتري ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا وليس من بيع التعاطي ، خلافا لمن جعله منه فإن التعاطي ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن (قوله في خسيس ونفيس) النفيس ما كثر ثمنه كالعبد والخسيس ما قل ثمنه كالتبخر ومنهم من حد النفيس بنصاب السرقه فأكثر والخسيس بما دونه والإطلاق هو المعتمد ط عن البحر .

قلت : ليس في البحر قوله والإطلاق هو المعتمد نعم ذكره في شمول التعاطي للخسيس والنفيس ، فقال : وهو الصحيح المعتمد (قوله خلافا للكرخي) فإنه قال لا ينقد إلا في الخسيس ط عن القهستاني وما في الحاوي

(ولو) التعاطی (من أحد الجانبين على الآخر) فتح وبه يفتى فيفسر (إذا لم يصرح معه) مع التعاطی (يعطى الرضا) فلو دفع الدراهم وأخذ البطاطيخ والبائع يقول لا أعطيا بهما لم ينتقد كما لو كان بعد عقد فاسد خلاصة وبزايعة وصرح في البحر بأن الإيجاب والقبول بعد عقد فاسد لا ينتقد بهما البيع قبل مشاركة الفاسد

القدسى من أن هذا هو المشهور فهو خلاف المشهور كما في البحر (قوله ولو التعاطی من أحد الجانبين) صورته أن يتفقا على الثمن ثم يأخذ المشتري المتاع ، ويذهب برضا صاحبه من غير دفع الثمن ، أو يدفع المشتري الثمن للبائع ثم يذهب من غير تسليم المبيع ، فإن البيع لازم على الصحيح ، حتى لو امتنع أحدهما بعده أجبره القاضى وهذا فيما ثمنه غير معلوم أما الخبز واللحم ، فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن ذكره في البحر . والمراد في صورة دفع الثمن فقط أن المبيع موجود . معلوم لكن المشتري دفع ثمنه ولم يقبضه ط . وفي القنية دفع إلى بائع الحنطة خمسة دنائير ليأخذ منه حنطة ، وقال له بكم تبيعها فقال مائة بدينار فسكت المشتري ، ثم طلب منه الحنطة ليأخذها فقال البائع غدا أدفع لك ولم يجر بينهما بيع ، وذهب المشتري فجاء غدا ليأخذ الحنطة ، وقد تغير السعر فعلى البائع أن يدفعها بالسعر الأول قال رضى الله عنه : وفي هذه الواقعة أربع مسائل : إحداهما الانعقاد بالتعاطی . الثانية : الانعقاد في المجلس والنفيس ، وهو الصحيح . الثالثة : الانعقاد به من جانب واحد . الرابعة : كما ينتقد بإعطاء المبيع ينتقد بإعطاء الثمن اه .

قلت : وفيها مسألة خامسة أنه ينتقد به ولو تأخرت معرفة الثمن لكون دفع الثمن قبل معرفته بحر (قوله لم ينتقد) أى وإن كان يعلم عادة السوق أن البائع إذا لم يرضى رد الثمن أو يسترد المتاع وإلا يكون راضيا به ، ويصح خطفه لا أعطيا تطيبا لقلب المشتري فإنه مع هذا لا يصح البيع قنية :

مطلب البيع بالتعاطی

(قوله كما لو كان) أى البيع بالتعاطی بعد عقد فاسد ، وعبرة الخلاصة اشترى رجل من وسالدى وسائد وجوه الطنافس ، وهى غير منسوجة بعد ولم يقصر باله أجل لم يحزفوا تسع الوسائد وجوه الطنافس وسلم إلى المشتري لا يصبر هذا بيعا بالتعاطی لأنهما يسلان بحكم ذلك البيع السابق وأنه وقع باطلا اه وعبرة بالزايعة والتعاطی إنما يكون بيعا إذا لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل سابق أما إذا كان بناء عليه فلا اه (قوله لا ينتقد بهما البيع قبل مشاركة الفاسد) يتفرع عليه مافى الخاتمة : لو اشترى ثوبا شراء فاسدا ثم لقيه غدا فقال : قد بعنى ثوبك هذا بألف درهم فقال : بلى فقال قد أخذته فهو باطل وهذا على ما كان قبله من البيع الفاسد لأن كائنات ركا البيع الفاسد فهو جائز اليوم اه .

قلت : لكن في النهاية والفتح وغيرها عند قول الهذلية ومن باع صبرة طعام كل قبض بل درهم البيع بالرقم فاسد لأن فيه زهادة جهالة تمسكت في صلب العقد وهى جهالة الثمن برقم لا يعلمه المشتري ، لفصار بمنزلة القمار وعن هذا قال شمس الأئمة الحلوانى ، وإن علم بالرقم في المجلس لا يتقلب ذلك العقد جائزا ، ولكن إن كان البائع دائما على الرضا فرضى به المشتري ينتقد بينهما عقد بالتراضى اه وصبر في الفتح بالتعاطی ، والمراد واحد وسياق أيضا في باب البيع الفاسد أن بيع الآبى لا يصح ، وأنه لو باعه ثم عاد وسلمه يتم البيع في رواية وظاهر الرواية أنه لا يتم قال في البحر هناك وأولوا الرواية الأولى بأنه ينتقد بيعا بالتعاطی اه .

وظاهر هذا عدم اشتراط مشاركة الفاسد ، وقد يجاب على بعد بصمل الاشتراط على ما إذا كان التعاطی بعد المجلس

ففي بيع التعاطي (۱) بالأولى ، وعليه فيحمل مافي الخلاصة وغيرها على ذلك ، ونمامه في الأشياء من الفوائد إذا بطل المتضمن بطل المتضمن ، والمبنى على الفساد فاسد (وقيل لا بد) في التعاطي (من الإعطاء من الجانبين وعليه الأكثر) قاله الطرسوسي ، واختاره البرزلي . وأقوى به الحلواني واكتفى الكرماني بتسليم البيع مع بيان الثمن فتحرر ثلاثة أقوال وقد علمت المفتي به وحررنا في شرح الملتقى صحة الإقالة والإجارة والصرف بالتعاطي فليحفظ .

أما فيه فلا يشترط كاهنا والفرق أنه بعد المجلس يتقرر الفساد من كل وجه فلا بد من المشاركة أمان المجلس ، فلا يتقرر من كل وجه فتحصل المشاركة ضمنا تأمل ، ويحتمل وهو الظاهر أن يكون في المسألة قولان وانظر ما يأتي عند قوله وفسد في الكل في بيع ثلثة الخ . هذا وما ذكره عن الحلواني في البيع بالرقم جزم بخلافه في الهدية آخر باب المراجعة ، وذكر أن العلم في المجلس يجعل كابتداء العقد ، ويصير كتأخير القبول إلى آخر المجلس وهو جزم في الفتح هناك أيضا (قوله في بيع التعاطي بالأولى الخ) مأخوذ من البحر حيث قال : ففي بيع التعاطي بالأول ، وهو صريح الخلاصة والبرازية إن التعاطي بعد عقد فاسد أو باطل لا يتعقد به البيع ، لأنه بناء على السابق وهو محمول على ما ذكرناه ۱۱ وقوله : على ما ذكرناه أي من أن عدم الالعقاد قبل مشاركة الأول وهو معنى قول الشارح ، فيحمل مافي الخلاصة وغيرها على ذلك ومراده بما في الخلاصة ما قدمه من قوله كما لو كان بعد عقد فاسد ، ونقلا عبارتها وبعبارة لبررية وليس فيها التقيد بمافيل مشاركة الأول فقيده الشارح به تبعا للبحر فلا يخالف كلام غيرها فافهم (قوله ونمامه في الأشياء من الفوائد) أي في آخر الفن الثالث ، وليس فيه زيادة على أصل المسألة فلهذا أراد ما كتب على الأشياء في ذلك الموضع أو ما أشبه هذه المسألة مما نفع على الأصل المذكور (قوله إذا بطل المتضمن) بالكسر بطل المتضمن الفتح فإنه لما بطل البيع الأول بطل ما تضمنه من القبض إذا كان قبل المشاركة قال ح وهو بدل من الفوائد بدل بعض من كل اه ط وفي هذه القاعدة بحث سنذكره عند الكلام على بيع الثمرة البارزة (قوله فتحرر ثلاثة أقوال) هذا الاختلاف أش من كلام الإمام محمد ، فإنه ذكر بيع التعاطي في مواضع ، فصوره في موضع بالإعطاء من الجانبين ، ففهم منه البعض أنه شرط وصوره في موضع بالإعطاء من أحدهما ففهم البعض أنه يكفي به وصوره في موضع بتسليم الجميع ففهم البعض أن تسليم الثمن لا يكفي بجزء من الذخيرة ط (قوله وحررنا في شرح الملتقى الخ) عبارته عن البرازية الإقالة تعتقد بالتعاطي أيضا من أحد الجانبين على الصحيح اه وكذا الإجارة كما في العمادية ، وكذا الصرف كما في النهر . استدلا عليه بما في التارخانية : اشترى عبدا بألف درهم على أن المشتري بالخيار ، فأعطاه مائة دينار ثم فسخ البيع ، فعلى قول الإمام الصرف جائز ويرد الدراهم وعلى قول أبي يوسف الصرف باطل وهي فائدة حسنة لم أر من يه عليها .

[تمة] طالب مديونه فبعث إليه شعرا قلدا مملوبا وقال : خذه بسعر البتلوا السعر لما معلوم كان بيعا وإن لم يعلماه فلا ومن بيع التعاطي تسليم المشتري ما اشتراه إلى من يطلبه بالشفعة في موضع لاشفعة فيه ، وكذا تسليم الوكيل بالشراء إلى الموكل بعد ما أنكر التوكيل ومنه حكما ما إذا جاء المودع بأمة غير المودعة ، وحلف لحل للمودع وطؤها وكان بيعا بالتعاطي ه وعن أبي يوسف لو قال الغياط ليست هذه بطائفي فحلف الغياط أنها هي وسعه أخذها ، وبقي تقييده بما إذا كانت العين للدافع ومنه لو ردها بخيار عيب والبايع يتيقن أنها ليست له فأخذها ورخص بها

(۱) (قوله الشارح ففي بيع التعاطي الخ) أي عدم انعقاد بيع التعاطي بعد الفساد قبل المشاركة بالأول لأن بعض المتقدمين يمنع بيع التعاطي ونسوا على أن من شهد بيع التعاطي لا يسه أن يشهد أنه باع بل يشهد بالتعاطي اه ط .

[فروع] ما يستجره الإنسان من البيع إذا حاسبه على أنماها بعد استهلاكها جاز استحسانا .
بيع البراءات التي يكتبها الديوان على العمال لا يصح بخلاف بيع حفظ الأئمة

كما في الفتح، وعلى هذا فلا بد من الرضا في جارية الوديعة والبطانة ونحوهما في البحر (قوله ما يستجره الإنسان البيع) ذكر في البحر أن من شرائط العقود عليه أن يكون موجودا ، فلم يتعد بيع المعلوم ثم قال ، وما تسامحوا فيه ، وأخرجوه عن هذه القاعدة ما في القنية الأشياء التي تؤخذ من البيع على وجه الخرج كما هو العادة من غير بيع كالعدس والملح والزيت ونحوها ثم اشتراها بعد ما انعدمت صح اه فيجوز بيع المعلوم هنا اه . وقال بعض الفضلاء : ليس هذا بيع معلوم إنما هو من باب ضمان المتلفات بإذن مالكها عرفا تسهلا للأمر ودفعاً للحرج كما هو العادة وفيه أن الصان بالإذن مما لا يعرف في كلام الفقهاء حموى ، وفيه أيضا أن ضمان المتلفات بالمثل لا بالقيمة والقيمتان القيمة لا يأنطط .

قلت : كل هذا قياس ، وقد علمت أن المسألة استحسان ويمكن تخريجها على فرض الأعيان ، ويكون ضمانا آخر ، مستحبنا وكذا حل الانتفاع في الأشياء القيمة ، لأن قرضها فاسد لا يحل الانتفاع به ، وإن ملكك بالقبض من جهة في المهر على كون المأخوذ من العدس ونحوه بيعا بالتعاطي ، وأنه لا يحتاج في مثله إلى بيان الثمن لأنه معلوم اه . اعترضه الحموى بأن أثمان هذه تختلف فيفضي إلى المنازعة اه .

فب : إني المهر مبنى على أن الثمن معلوم ، لكنه على هذا لا يكون من بيع المعلوم بل كلما أخذ شيئا انعقد بيعا بثمنه المهر . قال في الولوالجية : دفع دراهم إلى خباز فقال : اشتريت منك مائة من خبز ، وجعل يأخذ كل يوم حسب أمده فأبيع فاسد وما أكل فهو مكروه ، لأنه اشترى خبزا غير مشار إليه ، فكان المبيع مجهولا ولو أعطاه الدراهم ، وجعل يأخذ منه كل يوم خمسة أمناه ولم يقل في الابتداء اشتريت منك يجوز وهذا حلال وإن كان نبتة وقت الدفع الشراء ، لأنه بمجرد النية لا يتعقد البيع ، وإنما يتعقد البيع الآن بالتعاطي والآن المبيع معلوم فيتعقد البيع صحيحا اه .

قلت : ووجهه أن ثمن الخبز معلوم فإذا انعقد بيعا بالتعاطي وقت الأخذ مع دفع الثمن قبله ، فكذا إذا تأخر دفع الثمن بالأولى ، وهذا ظاهر فيما كان ثمنه معلوما وقت الأخذ مثل الخبز واللحم أما إذا كان ثمنه مجهولا فإنه وقت الأخذ لا يتعقد بيعا بالتعاطي لجهالة الثمن ، فإذا تصرف فيه الأخذ وقد دفعه البيع برضاه بالدفع وبالتصرف فيه على وجه التعويض عنه لم يتعقد بيعا ، وإن كان على نية البيع لما علمت من أن البيع لا يتعقد بالنية ، فيكون شبه القرض المضمون بمثله أو بقيمته فإذا توافقا على شيء بدل المثل أو القيمة برئت ذمة الأخذ ، لكن يبقى الإشكال في جواز التصرف فيه إذا كان قيميا فإن قرض القيمي لا يصح فيكون تصحيحه هنا استحسانا كقرض الخبز والحميرة ويمكن تخريجها على الهبة بشرط العوض ، أو على المقبوض على سوم الشراء . ثم رأيت في الأشياء في القول في ثمن المثل حيث قال : ومنها لو أخذ من الأرز والعدس وما أشبهه ، وقد كان دفع إليه دينارا مثلا لينفق عليه ثم اختصما بعد ذلك في قيمته هل تعتبر قيمته يوم الأخذ أو يوم الخصومة . قال في التتمة : تعتبر يوم الأخذ قبل له لو لم يكن دفع إليه شيئا بل كان يأخذ منه على أن يدفع إليه ثمن ما يجتمع عنده قال يعتبر وقت الأخذ لأنه سوم حين ذكر الثمن اه (قوله بيع البراءات) جمع براءة وهي الأوراق التي يكتبها كتاب الديوان على العاملين في البلاد عظم كهطاه أو على الأكارين بقدر ما عليهم ومسمى براءة لأنه يبرأ بدفع ما فيها ط (قوله بخلاف بيع حفظ الأئمة) بالحاء المهملة والطاء المشالة جمع حفظ ، بمعنى : النصيب المرتب له من الوقف أي فإنه يجوز بيعه ، وهذا مخالف لما في الصبرية فإن مؤلفها سئل عن بيع الحظ فأجاب لا يجوز ط عن حاشية الأشياء .

لأن مال الوقف قائم ثمة ولا كذلك هنا أشياء وقتية . ومفاده : أنه يجوز للمستحق بيع خبره قبل قبضه من المشرف بخلاف الجندی بحر وتعقبه في النهر وأفتى المصنف بطلان بيع الجامكية ، لما في الأشياء بيع الدين إنما يجوز من المديون .

قلت : وعبارة الصبرية هكذا سئل عن بيع الخط قال : لا يجوز لأنه لا يخلو إما إن باع مافيه أو عن الخط لوجه الأول لأنه يبيع ما ليس عنده ولا وجه للثاني لأن هذا القدر من الكاغد ليس مقبوما بخلاف البراءة ، لأن هذه الكاغدة متقومة اهـ .

قلت : ومقتضاه أن الخط بالخاء المعجمة والطاء المهملة ، وهذا لا يخالف ، اذكره الشارح لأن المراد بمحفوظ الأئمة ما كان قائما في يد المتولي من نحو خبر أو حنطة قد استحقه الإمام وكلام الصبرية فيما ليس بموجود (قوله ثمة) أى هناك أى في مسألة بيع حفظ الأئمة وأشار إليها بالعبد لأن الكلام كان في بيع البراءة ولذا أشار إليها بنقطة (قوله من المشرف) أى المباشر الذي يتولى قبض الخبر (قوله بخلاف الجندی) أى إذا باع الشعر المعين لعافدائه (من جاشية السيد أبي السعود)

مطلب في بيع الاستجار

(قوله وتعقبه في النهر) أى تعقب ما ذكر من مسألة بيع الاستجار وما بعده حيث قال أقول الطاهر أن مافى القنية ضعيف لانفاق كلمتهم على أن بيع المعلوم لا يصح ، وكذلك غير المملوك وما المانع من أن يكون المأخوذ من العبد ونحوه يباعا بالتعاطي ولا يحتاج إلى مثله إلى بيان الحق لأنه معلوم كما سيأتي وحظ الإمام لا يملك قبل القبض فأى يصح بيعه وكن على ذكر مما قاله ابن وهبان في كتاب الشرب مافى القنية إذا كان محالفا للتواعد لا الثمات إليه مالم يعضده نقل من غيره اهـ وقدمنا الكلام على بيع الاستجار وأما بيع حظ الإمام فالوجه ما ذكره من عدم صحة بيعه ، ولا يتناق ذلك أنه لو مات يورث عنه لأنه أجرة استحقها ولا يلزم من الاستحقاق الملك ، كما قالوا في الغنيمة بعد إحرازها بدار الإسلام فإنها حتى تأكد بالإحراز ، ولا يحصل الملك فيها للغنيين إلا بعد القسمة والحق المتأكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب ، بخلاف الضعيف كالشفعة وغيار الشرط كما في الفتح . وعن هذا بحث في البحر هناك بأنه ينبغي التفصيل في معاموم المستحق بأنه إن مات بعد خروج الغلة وإحراز الناظر لها قبل القسمة يورث نصيبه لما أكد الحق فيه كالغنيمة بعد الإحراز وإن مات قبل ذلك لا يورث أسكن قدمنا هناك أن معلوم الإمام له شبه الصلة وشبه الأجرة والأرجح الثاني ، وعليه يتحقق الإرث ولو قبل إحراز الناظر . ثم لا يخفى أنها لا تملك قبل قبضها فلا يصح بيعها .

مطلب في بيع الجامكية

(قوله وأفتى المصنف الخ) تأييد لكلام النهر وجارة المصنف في فتاواه سئل عن بيع الجامكية : وهو أن يكون لرجل جامكية في بيت المال ويحتاج إلى دراهم معجلة قبل أن تخرج الجامكية فيقول له رجل : بعني جامكتك التي قدرها هكذا بكذا أنقص من حقك في الجامكية فيقول له : بعك فهل البيع المذكور صحيح أم لا لكونه بيع الدين بنقد أجاب إذا باع الدين من غير من هو عليه كما ذكر لا يصح قال مولانا في فتاواه ويبيع الدين لا يجوز ولو باعه من المديون

وفيها وفي الأشباه لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة كحق الشفعة وعلى هذا لا يجوز الاعتياض عن الوظائف بالأوقاف وفيها في آخر بحث تعارض العرف مع اللغة المذهب عدم اعتبار العرف الخاص لكن أفق كثير باعتباره أو وجهه (۱) اهـ (قوله وفيها) الظاهر أن الضمير للفتنة ويحتمل عوده لفتاوى المصنف المفهومة من أفق، وأما ضمير وفيها الآتية فلا أشباه اهـ ح .

مطلب لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة

(قوله لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة عن الملك) قال في البدائع الحقوق المفردة لا تحتمل التملك ولا يجوز الصلح عنها ،

أقول : وكذا لا تضمن بالإتلاف قال في شرح الزيادات للسرغسي وإتلاف مجرد الحق لا يوجب الضمان لأن الاعتياض عن مجرد الحق باطل إلا إذا فوث حقا مؤكدا ، فإنه يلحق بتفويت حقيقة الملك في حق الضمان كحق المرتن ، ولذا لا يضمن بإتلاف شيء من الغنيمة أو وطء جارية منها قبل الإحراز لأن الفاتح مجرد الحق وأنه غير مضمون وبعد الإحراز بدار الإسلام ، ولو قبل الفسمة يضمن لتفويت حقيقة الملك ويجب عليه القيمة في قتله عبدا من الغنيمة يعد الإحراز في ثلاث سنين يبرى ، وأراد بقوله لتفويت حقيقة الملك الحق المؤكد إذا نحصل حقيقة الملك إلا بعد الفسمة كما مر (قوله كحق الشفعة) قال في الأشباه : فلو صالح عنها بمال بطلت ورجع ، ولو صالح الخيرة بمال لتختاره بطل ولا شيء لها ولو صالح إحدى زوجتيه بمال لتترك نوبتها لم يلزم ولا شيء لها وعلى هذا لا يجوز الاعتياض عن الوظائف في الأوقاف وخرج عنها حق القصاص (۲) : ومالك الشكاح وحق الرق فإنه يجوز الاعتياض عنها كما ذكره الزيلعي في الشفعة والكفيل بالنفس إذا صالح المكفول له بمال لا يصح ولا يجب ، وفي بطلانها روايتان ، وفي بيع حق المرور في الطريق روايتان وكذا بيع الشرب إلا تبعا اهـ .

مطلب في الاعتياض عن الوظائف والأوقاف

(قوله وعلى هذا لا يجوز الاعتياض عن الوظائف بالأوقاف) من إمامة وخطابة وأذان وقرأة وبوابة ، ولا على وجه البيع أيضا لأن بيع الحق لا يجوز كما في شرح الأدب وغيره وفي الذخيرة : أن أخذ الدار بالشفعة أمر عرف بخلاف القياس فلا يظهر ثبوته في حق جواز الاعتياض عنه اهـ .

أقول : والحق في الوظيفة مثله والحكم واحد يبرى (قوله المذهب عدم اعتبار العرف الخاص) قال في المستصفي التعامل (۳) . العام أي الشائع المستفيض ، والعرف المشترك لا يصح الرجوع إليه مع التردد اهـ وفي عمل آخر منه

(۱) (قوله ولو باعه من المدين أو وجهه الخ) قال ط بقوما إذا باعها من ملزم عليه يبرى للدين ، وقد وجه عليه والظاهر أن هذا عمدة المحاولة فإن حاصله أن الإمام أو نائب وجهه جماله على هذا الشخص فإذا أخذ منه بقدره لا يقال إنه بيع اهـ .

(۲) (قوله وخرج عنها حق القصاص الخ) أي خرج من القاعدة المذكورة التي هي قوله . لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة وليس المراد أنه خرج من الحقوق المفردة القصاص الخ بمعنى أنه خرج من أحكامها لأن القصاص وما ذكره حقوق لا تضمن بالإتلاف ألا ترى أنه لو قتل القاتل شخص لا يضمن لورقة مقتوله شيئا اهـ .

(۳) (قوله قال في المستصفي التعامل الخ) عبارة ط ونقل العلامة البكري عن المستصفي أن العبرة للتعامل العام أي الشائع المستفيض قال والعرف المشترك لا يصح الرجوع إليه اهـ

وعليه فيفتي بجواز النزول عن الوظائف بمال

ولا يصلح مقيدا لأنه لما كان مشتركا كان متعارضا اه يرى وفي الأشياء من البرازية ، وكذا أي تفسد الإجارة
تودفع إلى حالك غزلا هل أن ينسجه بالثلث ومشايخ بلخ وخوارزم أفتوا بجواز إجارة الحائك للعرف ، وبه أفتى
أبو علي النسفي أيضا والقنوي على جواب الكتاب ، لأنه متصوص عليه فيلزم إبطال النص اه فأفاد أن عدم اعتباره
بمعنى أنه إذا وجد النص ، بخلافه لا يصلح تاسخا للنص ، ولا مقيدا له ولا فقد اعتبروه في مواضع كثيرة منها مسائل
الأيمان ، وكل حائذ وواقف ، وحالف يحمل كلامه على حرفه كما ذكره ابن المهام وأفاد ماسر أيضا أن العرف العام
يصلح مقيدا ، ولذا نقل البيهقي في مسألة الحائك المذكورة قال السيد الشهيد : لا تأخذ باستحسان مشايخ بيع
بل تأخذ بقول أصحابنا المتقدمين ، لأن التعامل في بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن على الاستمرار من المصدر الأول
فيكون ذلك دليلا على تقرير النبي عليه الصلاة والسلام إياهم على ذلك ، فيكون شرعا منه فإذا لم يكن كذلك لا يكون
فعلهم جبة إلا إذا كان كذلك من الناس كافة في البلدان كلها فيكون إجماعا والإجماع حجة ألا ترى أنهم لو تعاملوا
على بيع الخمر والربا لا يفتي بالحل اه .

قلت : وبه ظهر الفرق بين العرف الخاص والعام وعام الكلام على هذه المسألة مبسوط في رسالتنا المسماة :
بنشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف :

مطلب في النزول عن الوظائف بمال

(قوله وعليه فيفتي بجواز النزول عن الوظائف بمال) قال العلامة العيني في فتاواه : ليس للنزول شيء يعتمد عليه
ولكن العلماء والحكام مشوا لذلك للضرورة ، واشتروا إضفاء الناظر للتأثير في نزاع اه ملخصا من حاشية :
الأشياء للسيد أبي السعود ، وذكر الحموي أن العيني ذكر في شرح نظم دور البحار في باب القسم بين الزوجات
إنه سمع من بعض شيوخه الكبار أنه يمكن أن يحكم بصحة النزول عن الوظائف الدنيوية قياسا على ترك المرأة قسمها
لتصحبها لأن كلامهما مجرد إسقاط اه .

مطلب في العرف الخاص والعام

قلت : وقدمنا في الوقف عن البحر أن للمتنزلي عزل نفسه ، عند القاضي ، وأن من العزل الفراغ لغیره
عن وظيفة النظر أو غيره ، وأنه لا ينزل بمجرد عزل نفسه خلافا للعلامة قاسم ، بل لابد من تقرير القاضي المفروض له
أو أهلا وأنه لا يلزم القاضي تقريره ، ولو أهلا وأنه جرى العرف بالفراغ بالدرهم ، ولا يخفى ما فيه فينبغي الإجراء
العام بعده اه أي لما فيه من شبهة الاعتياض عن مجرد الحق ، وقد مر أنه لا يجوز وليس فيها ذكر عن العيني جوازه
لكن قال الحموي وقد استخرج شيخ مشايخنا نور الدين على المقدسي صحة الاعتياض عن ذلك في شرحه على نظم
الكز من فرع في مبسوط السرخسي ، وهو أن العبد الموصى بربقة لشخص ، وبخدمته لآخر لو قطع طرفه أو شيع
موضحة فأدى الأرض ، فإن كانت الجناية تنقص الخدمة يشتري به عبد آخر يخدمه أو يضم إليه ثمن العبد بعد بيعه
فيشتري به عبد يقوم مقام الأول فإن اختلفا في بيعه لم يبع ، وإن اصطالحا على قسمة الأرض بينهما نصفين فلهما
ذلك ولا يكون ما يتوفيه الموصى له بالخدمة من الأرض بدل الخدمة لأنه لا يملك الاعتياض عنها ، ولكنه إسقاط
لحقه به كما لو صالح موصى له بالخدمة على مال دفعه للموصى له بالخدمة ليسلم العبد له اه قال : فرمما يشهد هذا النزول
عن الوظائف بمال اه قال الحموي : فليحفظ هذا فإنه نفيس جدا اه وذكر نحوه البيهقي عند قول الأشياء ، وينبغي

أنه لو نزل له وقبض المبلغ ، ثم أراد الرجوع عليه لامتلك ذلك فقال أى على وجه إسقاط الحق إلحاقا له بالوصبة بالخدمة والصلح عن الألف على خمسمائة ، فلهزم قالوا يجوز أخذ العوض على وجه الإسقاط للحق ، ولا ريب أن الفارغ يستحق المنزول به (۱) . استحقاقا خاصا بالفقرير ، ويؤيده ما في خزائن الأكل وإن مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له بدل الصلح فهو جائز اه ، ففيه دلالة على أنه لا رجوع على النازل ، وهذا الوجه هو الذى يطمئن به القلب لقربه اه كلام البيهقي ، ثم استشكل ذلك بما مر من عدم جواز الصلح عن حق الشفعة والقسم فإنه يمنع حوازا أخذ العوض هنا ثم قال : ولقائل أن يقول هذا حق جعله الشرع لدفع الضرر ، وذلك حق فيه صلة ولا جامع بينهما فافترقا وهو الذى يظهر اه .

وحاصله : أن ثبوت حق الشفعة للشفيع ، وحق القسم للزوجة وكذا حق الخيار في النكاح للمخيرة إنما هو لدفع الضرر عن الشفيع والمرأة ، وما ثبت لذلك لا يصح الصلح عنه لأن صاحب الحق لما رضى علم أنه لا يضرر بذلك ما يستحق شيئا أما حق الموصى له بالخدمة ، فليس كذلك بل ثبت له على وجه البر والصلة فيكون ثابتا له أصالة فيصح الصلح عنه إذا نزل عنه لغيره ، وثلثه ما مر عن الأشياء من حق القصاص والنكاح والرق حيث صح الاعتياض عنه لأنه ثابت لصاحبه أصالة لأعلى وجه رفع الضرر عن صاحبه ولا يخفى أن صاحب الوظيفة ثبت له الحق فيه بتقرير القداس على وجه الأصالة لأعلى وجه رفع الضرر ، فالحقا بحق الموصى له بالخدمة ، وحق القصاص وما بعده أولى من إلحاقها بحق الشفعة والقسم ، وهذا كلام وجيه لا يخفى على نبيه وبه اندفع ما ذكره بعض محققى الأشياء من أن المان الذى يأخذه النازل ، عن الوظيفة رشوة ، وهى حرام بالنص ، والعرف لا يعارض النص وجه الدفع ما علمت من أنه صلح عن حق كما فى نظائره والرشوة لا تكون بحق واسدلت بعضهم للجواز بنزول سيدنا الحسن ابن سيدنا على رضى الله تعالى عنهما عن الخلافة لمعاوية على عوض ، وهو ظاهر أيضا وهذا أولى مما قدمناه في الوقف عن الخيرية من عدم الجواز ومن أن للمفروغ له الرجوع بالبدل ، بناء على أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ، وأنه لا يجوز الاعتياض عن مجرد الحق لما علمت من أن الجواز ليس . ينيا على اعتبار العرف الخاص ، بل على ما ذكرنا من نظائره الدالة عليه وأن عدم جواز الاعتياض عن الحق ليس على إطلاقه . ورأيت بخط بعض العلماء عن الحقنى أى السعود أنه أتى بجواز أخذ العوض في حق القرار والتصرف ، وعدم حصه الرجوع وبالجمل فالمسألة ظنية والنظر المتشابه للبحث فيها مجال وإن كان أظهر فيها ما قلنا فالأولى ما قلنا في البحر من أنه ينبغى الإبراء العام بعده والله سبحانه وتعالى أعلم .

[تنبيه] ما قلنا في الفراغ عن الوظيفة يقال مثله في الفراغ عن حق التصرف في مشد مسكة الأراهمى ويأتى ببيانها قريبا وكذا في فراغ الزعيم عن (۲) تياره ، ثم إذا فرغ عنه لغيره ولم يوجهه السلطان للمفروغ له بل أبقاه على الفراغ أو وجهه لغيرها ينبغى أن يثبت الرجوع للمفروغ له على الفارغ ببدل الفراغ ، لأنه لم يرض بدفعه إلا بمقابلة ثبوت ذلك الحق له ، لا بمجرد الفراغ وإن حصل لغيره . وهذا أتى في الإسماعيلية والحامدية وغيرها خلافا لما أتى به بعضهم من عدم الرجوع ، لأن الفارغ فعل ما فى وسعه . وقدرته إذ لا يخفى أنه غير مقصور من

(۱) قوله (يستحق المنزول به) كذا رأيت والطاهر أن يقال المنزول منه اه من غلط المؤلف .

(۲) قوله وكذا في فراغ الزعيم من (ع) المراد به كبير القرية والقيمار هو الاستحقاق في الأراضي الميرية اه .

وبلزوم خلو الحوائث فليس لرب الحانوت إخراجها ولا إيجارتها لغيره ولو وقفا انتهى ملخصا .

الطرفين ولا سيما إذا أبى السلطان والقاضى التبحار أو الوظيفة على الفارغ فإنه يلزم اجتماع العوضين في تصرفه وهو خلاف قواعد الشرع فافهم والله سبحانه وتعالى أعلم .

مطلب في خلو الحوائث

(قوله وبلزوم خلو الحوائث) عبارة الأشباه : أقول على اعتباره أى اعتبار العرف الخاص ينبنى أن يفنى بأن ما يقع في بعض أسواق القاهرة من خلو الحوائث لازم ، وبصير الخلو في الحانوت حقا له فلا يملك صاحب الحانوت إخراجها منها ولا إيجارتها لغيره ، ولو كانت وقفا وقد وقع في حوائث الجمولون في الغورية أن السلطان النورى لما بناها أسكنها للتجار بالخلو وجعل لكل حانوت قدرا أخذه منهم وكتب ذلك بمكتوب الوقف اه وقد أعاد الشارح ذكر هذه المسألة قبيل كتاب الكفالة ، ثم قال قلت : وأبده في زواجر الجواهر بما في واقعات الضررى رجل في يده دكان فغاب ثم رفع المتولى أمره للقاضى ، فأمره القاضى بفتح وإيجارته ففعل المتولى ذلك وحضر الغائب فهو أولى بدكانه وإن كان له خير فهو أولى بخلوه أيضا ، وله الخيار في ذلك ، فإن شاء فسح الإجارة وسكن في دكانه وإن شاء أجزاها ورجع بخلوه على المستاجر ، ويؤمر المستاجر بأداء ذلك إن رضى به وإلا يؤمر بالخروج من الدكان اه بلفظه اه .

لكن قال السيد الحموى أقول : ما نقل عن واقعات الضررى من ذكر لفظة الخلو فضلا عن أن يكون المراد بها ما هو المتعارف كذب فإن الإثبات من الثقة كصاحب جامع المصولين نقل عبارة الضررى ولم يذكر فيها لفظ الخلو : هذا وقد اشتهر نسبة مسألة الخلو إلى مذهب الإمام مالك والحال أنه ليس فيه نص عنه ولا من أحد من أصحابه حتى قال البدر القرافي من المالكية : إنه لم يقع في كلام الفقهاء التعرض لهذه المسألة ، وإنما فيها غيا للعلامة ناصر الدين القافى المالكى بناها على العرف وخرجها عليه وهو من أهل الترجيح فيعتبر تحريره ، وإن نوزع فيه وقد انتشرت فيها في المشرق والمغرب وتلقاها علماء عصره بالقبول اه .

قلت : ورأيت في فتاوى الكاظمى عن العلامة القافى أنه لو مات صاحب الخلو بوفى منه ديونه ويورث عنه وينقل بيت المال عند فقد الوارث اه هذا وقد استدلل بعضهم على لزومه وصحة بيعه عندنا بما في إلجائية : وجعل باع سكنى له في حانوت لغيره فأخبر المشتري أن أجرة الحانوت كذا فظهر أنها أكثر من ذلك قالوا ليس له أن رد السكنى بهذا العيب اه وللعلامة الشرنبلالى رسالة رد فيها على هذا الاستدلال بأنه لم يفهم معنى السكنى ، لأن المراد بها عين مركبة في الحانوت وهي غير الخلو ففى الخلاصة اشترى سكنى حانوت في حانوت ورجل مراكيا وأخبره البائع أن أجرة الحانوت كذا فإذا هي أكثر ليس له أن رد . وفي جامع القصولين عن الذخيرة شرى سكنى في دكان وقف فقال المتولى : ما أذنت له أى البائع بوضعها فأمره أى أمر المشتري بالرفع ، فلو شره بشرط القرار يرجع على باله (۱) وإلا فلا يرجع عليه بشئ ولا بقصانه اه ثم نقل عن عدة كتب ما يدل على أن السكنى حين قائمة في الحانوت ورد فيها أيضا على الأشباه ، بأن الخلو لم يقل به إلا متأخر من المالكية ، حتى أتى بصحة وقفه ولزم منه أن أوقاف المسلمين صارت للكافرين ، بسبب وقف خلوها على كتمانهم ، وبأن عدم إخراج صاحب الحانوت لصاحب الخلو يلزم منه حجر الحر المكلف عن ملكه وإتلاف ماله مع أن صاحب الخلو لا يعطى

(۱) (قول . يرجع على باله) أى لا يبيع إذا وقع هذا الشرط يقع فاسدا وإلا فهو صحيح فلا يرجع له على البائع بشئ اه .

(۶۶ - حاشية ابن عابدين - ۴)

أجر المثل ، وبأخذ هو في نظير غلوه قدرًا كثيرًا ، بل لا يجوز هذا في الوقف ؛ وقد نصوا على أن مع سكن الوقف يلزمه أجر المثل ، وفي منع الناظر من إخراجهم تفويت نفع الوقف وتعطيل مآثره الواقف من إقامة شعائر مسجد ونحوها اهـ ملخصاً .

مطلب في الكدك

قلت : وما ذكره حق خصوصاً في زماننا هذا ، وأما ما يتمسك به صاحب الخلو من أنه اشترى غلوه بمال كثير ، وأنه بهذا الاعتبار تصير أجرة الوقف شيئاً قليلاً فهو متمسك باطل لأن ما أهله منه صاحب الخلو الأول لم يحصل منه نفع للوقف فيكون الذافع هو المضيع ماله فكيف يحمل له ظلم الوقف ، بل يجب عليه دفع أجرة مثله وإن كان له فيه شيء زائد على الخلو من بناء ونحوه مما يسمى في عرفنا بالكدك وهو المراد من لفظ السكنى المار ، فإذا لم يدفع أجرة مثله لم يؤمر برفعه ، وإن كان موضوعاً بإذن الواقف أو أحد النظار ويرجع هذا إلى مسألة الأرض المحتكرة المنقولة في أوقاف الخصاف حيث قال : حاثوث أصله وقف وعمارته لرجل وهو لا يرضي أن يستأجر أرضه بأجر المثل ، قالوا إن كانت العمارة بحيث لو رفعت يستأجر الأصل بأكثر مما يستأجر صاحب البناء كلفه رفعه . ويؤجر من غيره ، وإلا يترك في يده بذلك الأجر اهـ . وقوله : وإلا يترك في يده يفيد أنه أحق من غيره حيث كان ما يدفعه أجر المثل فهنا يقال ليس للمؤجر أن يخرجه ولا أن يأمره برفعه إذ ليس في استبقائه ضرر على الوقف مع الرفق به بدفع الضرر عنه ، كما أوضحناه في الوقف وعن هذا قال في جامع الفصولين وغيره : بنى المستأجر أو غرس في أرض الوقف صار له فيها حق القرار ، وهو المسمى بالكردار له الاستبقاء بأجر المثل اهـ وفي الخيرية : وقد صرح علماؤنا بأن لصاحب الكردار حق القرار ، وهو أن يحدت المزارع والمستأجر في الأرض بناء أو غرساً أو كبساً بالتراب بإذن الواقف أو الناظر فتبقى في يده اهـ . وقد يقال إن الدرهم التي دفعها صاحب الخلو للواقف واستعان بها على بناء الوقف شبيهة بكبس الأرض بالتراب ، فيصير له حق القرار فلا يخرج من يده إذا كان يدفع أجر المثل ، ومثله ما لو كان يرم دكان الوقف ، ويقوم بلوازمها من ماله بإذن الناظر ، أما مجرد وضع اليد على الدكان ونحوها وكونه يستأجرها عدة سنين بدون شيء مما ذكر فهو غير معتبر فلمؤاجر إخراجها من يده إذا مضت مدة إيجارته وإيجارها لغيره كما أوضحناه في رسالتنا تحرير العبارة في بيان من هو أحق بالإجارة وذكرنا حاصلها في الوقف ، وعلى ما ذكرناه من أن صاحب الخلو المعتبر أحق من غيره ، لو استأجر بأجر المثل يحمل ما ذكره في الخيرية من الوقف حيث سئل في الخلو الواقع في غالب الأوقاف المصرية والأوقاف الرومية في الجوانيت وغيرها ، هل يصير حقاً لازماً لصاحب الخلو ، ويجوز بيع سكناته وشراؤه وإذا حكم به جازم شرعي يمتنع على غيره من أحكام الشرع الشريف نقضه . ثم ذكر في الجواب عبارة الأشياء وواقعات الضرري وما ذكرناه من مسألة الأرض المحتكرة ومسألة حق القرار ومسألة بيع السكنى . ثم قال أقول : ليس الغرض بإيراد هذه الجمل القطع بالحكم بل ليقع اليقين بارتضاع الخلاف بالحكم حيث استوفى شرائطه من مالكي يراه أو غيره صحيح ولزم وإرتفع الخلاف خصوصاً فيما للناس إليه ضرورة لأشياء في المدن المشهورة كحصر ومدينة الملك فلأنهم يعطونه ولم فيه نفع كل ويضر بهم نقضه وإعدامه فلربما يفعله تكثر الأوقاف ألا ترى ما فعله الغوري كما مر . وما بلغني أن بعض الملوك عمر مثل ذلك بأموال التجار ولم يصرف عليه من ماله الدرهم والدينار وكان صلى الله عليه وسلم يجب ما خفف من أمته ، والذين يسروا ولا مفسدة في ذلك في الدين ، ولا عاربه على الموحدين والله تعالى أعلم اهـ ملخصاً . ومن أنقى بلزوم الخلو الذي يكون

وفي معين المفتي للمصنف معزيا للولولجية : عمارة في أرض بيعت فلان بناء أو أشجارا

بمقابلة دراهم يدفعها للمتولى أو المالك العلامة المحقق عبد الرحمن أفندي العمادى صاحب هدية ابن العماد وقال : فلا يملك صاحب الخانات لإخراجه ولا إجارتها لغيره عالم يدفع له المبلغ المرقوم ، فيبقى يجوز ذلك لضرورة قياسا على بيع الوفاء الذى تعارفه المتأخرون احتيالا على الربا الخ :

قلت : وهو مقيد أيضا بما قلنا بما إذا كان يدفع أجر المثل ولا كانت سكناه بمقابلة مادفعه من الدراهم عين الربا كما قالوا : فيمن دفع للمقرض دارا ليسكنها أو حمارا ليركبه إلى أن يستوفى قرضه أنه يلزمه أجره الدار أو الحمار على أن ما يأخذه المتولى من الدراهم ينفع به لنفسه ، فلو لم يلزم صاحب الخلو أجره المثل للمستحقين يلزم ضياع حقهم ، اللهم إلا أن يكون ما قبضه المتولى صرفه في عمارة الوقف ، حيث تعين ذلك طريقا إلى عمارته ولم يوجد من يستأجره بأجرة المثل مع دفع ذلك المبلغ اللازم للعمارة ، فحينئذ قد يقال يجوز سكناه بدون أجره المثل للضرورة ، ومثل ذلك يسمى في زماننا مرصدا كما قدمناه في الوقف ، والله سبحانه أعلم :

بقي طريق معرفة أجر المثل وينبغي أن يقال فيه إنا ننظر إلى مادفعه صاحب الخلو للواقف أو المتولى عن الوجه الذى ذكرناه وإلى ما ينفعه في مزمة الدكان ونحوها فإذا كان الناس يرغبون في دفع جميع ذلك لصاحب الخلو ومع ذلك يستأجرون الدكان بمائة مثلا ، فالأجرة هي أجره المثل ولا ينظر إلى مادفعه هو إلى صاحب الخلو السابق من مال كثير طمعا في أن أجره هذه الدكان عشرة مثلا كما هو الواقع في زماننا ، لأن مادفعه من المال الكثير لم يرجع منه نفع للوقف أصلا بل هو محض ضرر بالوقف ، حيث لزم منه استئجار الدكان بدون أجرتها بعين فاحش ، وإنا ننظر إلى ما يعود نفعه إلى الوقف فقط كما ذكرناه . نعم جرت العادة أن صاحب الخلو حين يستأجر الدكان بالأجرة البسيطة يدفع للناظر دراهم تسمى خدمة هي في الحقيقة تسكلة أجره المثل أو دونها ، وكذا إذا مات صاحب الخلو أو نزل عن خلوه لغيره يأخذ الناظر من الوارث أو المزيل له دراهم تسمى تصديقا فهذه تحسب من الأجرة أيضا ، ويجب على الناظر صرفها إلى جهة الوقف كما قدمناه في كتاب الوقف في مسألة العوائد العرفية والله سبحانه وتعالى أعلم :

[تنبيه] ذكر السيد محمد أبو السعود في حاشيته على الأشباه : أن الخلو يصدق بالعين المتصل اتصال قرار وبغيره وكذا الجدلك المتعارف في الحيوانات المملوكة ونحوها كالفقاهوى تارة يتعلق بماله حق القرار كالبناء بالحيوانات وتارة يتعلق بما هو أعم من ذلك . والذي يظهر أنه كالخلو في الحكم يجامع وجود العرف في كل منهما ، والمراد بالمتصل اتصال قرار ما وضع لا ليفصل كالبناء ولا فرق في صدق كل من الخلو والجدك به ، وبالمتصل لاهل وجه القرار كالخشب الذى يركب بالحيوانات لوضع عدة الحلاق مثلا ، فإن الاتصال وجد لكن لاهل وجه القرار ، وكذا يصلحان بمجرد المنفعة المقابلة للدراهم ، لكن ينفرد الجدلك بالعين الغير المتصلة أصلا كالأكبكارج والفناجين بالنسبة للقهوة والمقشة والقوط بالنسبة للحمام والشونة بالنسبة للفرن وبهذا الاعتبار يكون الجدلك أهم :

بقي لو كان الخلو بناء أو غراسا بالأرض المحتكرة أو المملوكة يجرى فيه حق الشفعة لأنه لما اتصل بالأرض اتصال قرار الشحق بالتقار اه :

قلت : ما ذكره من جریان الشفعة فيه سهو ظاهر لخالفته المنصوص عليه في كتب المذهب كما سيأتى في بابها إن شاء الله تعالى فافهم : هذا غاية ما نحرر لى في مسألة الخلو فاعتنمه فإنه مفرد ، وقد أوضحنا الفرق في باب مشهد المسكة من تنقيح الفتاوى الحامدية بين المشد والخلو والجدك والقيمة والمرصد المتعارفة في زماننا إيضاحا لا يوجد في غير ذلك الكتاب والحمد لله الملك الوهاب (قوله وفي معين المفتي الخ) أفاد به أن الخلو إذا لم يكن عيننا قائمة

جاز، وإن كرابا أو كرى أنهار أو نحوه مما لم يكن ذلك بمال ولا بمعنى مال لم يجرأه :
قلت : ومفاده أن بيع المسكة (۱) لا يجوز وكذا وهما ولذا جعلوه الآن فراغا كالوظائف فليحرروا وسند كره
في بيع الوفاء

لا يصح بيعه (قوله جاز) ترك قيدا ذكره في معين المفتى وهو قوله إذا لم يشترط تركها (۲) اهـ ومثله في الخانية أي
لأنه شرط مفسد للبيع (قوله وإن كرابا أو كرى أنهار) في المغرب : كرب الأرض كرابا قلبها للحرث مع باب طلب
وكربت النهر كرابا حفرته (قوله ولا بمعنى مال) لعل المراد به التراب المسى كبا وهو ما تكسب به الأرض أي
نظم وتسمى فتأمل . وفي ط وهو كالسكنى في الأرض الموقوفة بطريق الخلو وكالجدك على ماسلف .

مطلب في بيان مشد المسكة

(قوله ومفاده أن بيع المسكة لا يجوز) لأنها عبارة عن كراب (۲) الأرض وكرى أنهارا سميت مسكة لأن
صاحبها صار له مسكة بها بحيث لا تنزع من يده بسببها ، وتسمى أيضا مشد مسكة لأن المشد من الشدة بمعنى القوة
أي قوة التمسك ولها أحكام مبنية على أوامر سلطانية أقر بها علماء الدولة العثمانية ذكرت كثيرا منها في بابها من
تفريح الفتاوى الحامدية منها : أنها لا تورث ، وإنما توجه لابن القادر عليها دون البنت وعند عدم الابن تعطى
البنت ، فإن لم توجد فلا أخ لأب ، فإن لم يوجد فلا أخت الساكنة في القرية ، فإن لم توجد فلا أم . وذكر الشارح
في خراج الدر المتقى : أنها تنتقل لابن ولا تعطى البنت حصه ، وإن لم يترك ابنا بل بنتا لا يعطيان ويعطيان صاحب
التيار من أراد وفي سنة ثمانية وخمسين وتسعمائة في مثل هذه الأراضي التي تحيا وتفلح بعمل وكلفة دراهم فعل
تقدير أن تعطى للبر بالطاوب ، فالبنات لما كان يلزم جرمانهن من المال الذي صرفه أبوهن ورد الأمر السلطاني
بالإعطاء لهن ، لكن تنافس الأخت البنت في ذلك ، فبقيت بمجامعة ليس لهن غرض ، فأى مقدار قدروا به الطاوب
تعطيه البنات ويأخذن الأرض اهـ . ونقل في الحامدية أنه إذا وقع التفويض بلا إذن صاحب الأرض يعني التباري
الذي وجه السلطان له أخذ خراجها لا تزول الأرض عن يد المفوض حقيقة ، فكانت في يد المفوض إليه عادية ،
وإذا كانت الأرض وقفا فمفوضها متوقف على إذن الناظر لاهل إجازة التبار ، ولا تزجر من لا مسكة له مع
وجوده بدون وجه شرعي وإذا زرع أجنبي فيها بلا إذن صاحب المسكة يؤمر بقطع الزرع ويسقط حق صاحبها
منها بتركها ثلاث سنوات اختيارا اهـ فافهم (قوله ولذا جعلوه) أي جعلوا بيعها والمراد به الخروج عنها يعني أن
المسكة لما لم تكن مالا متقوما لا يمكن بيعها ، فإذا أراد صاحبها التزول عنها لغيره بعوض جعلوا ذلك بطريق الفراغ
كالنزول عن الوظائف ، وقدما مع المفتى أبي السعود أنه أقر بجوازه وكان الشارح لم يطلع على ذلك فأمر بتحريره
وأنه سبحانه أعلم (قوله وسند كره في بيع الوفاء) أي قبيل كتاب الكفالة ، والذي ذكره هناك هو النزول عن
الوظائف ومسألة الخلو ولم يتعرض هناك للمسكة .

(۱) قول الشارح (ومفاده أن بيع المسكة الخ) الفسقة التي كذب ما بها ط المسكة بدون مع ففسرها بحق المرور وقال كما إذا كان
لشخص دار في حلة غير نائلة له حق المرور فيها ففتح له بابا من الشارع العام وراح حتى استطاع أن يخرج القنطرة لمصاحب دار ليس له
حق الاستطراق فيها وقدما أن في بيع حق المرور روايتان اهـ .

(۲) (قوله إذا لم يشترط تركها) أي ترك العبارة العامة في الأرض وهو استعمال القبلة في الأرض ، وقوله لأنه شرط مسلمة أي لأنه
أمر زائل ليس من مقتضيات العقد وفيه لفع المفتى اهـ .

(۳) (قوله لأنها عبارة عن كراب الخ) في أنها عبارة عن التمسك الحاصل بسبب المكرب والمكربان لأنفس المكرب والمكرب ،
ولا لكان عدم جواز بيعها صريح كلام الأصولية اهـ .

(وینعتقد) ایضا (بلفظ واحد کما فی بیع) القاضی والوصی و (الآب من طفله وشرائه منه) فإنه لو فور شفقتہ جعلت عبارته کما یرتین وتمامه فی الدرر (وإذا أوجب واحد قبل الآخر) بائعا كان أو مشتريا

مطلب فی انعقاد البیع بلفظ واحد من الجانبین

(قوله وینعتقد ایضا) ای کما ینعتقد بإيجاب وقبول منهما أو بتعاط من الجانبین ط (قوله بلفظ واحد) ظاهره أنه لا یكون بالتعاطی هنا (قوله کما فی بیع القاضی) ای بیعه مال الیتم من ینیم آخر (۱) أو شراؤه له كذلك أما عقده لنفسه فلا یجوز لأن فعله قضاء وقضائه لنفسه باطل أفاده فی البحر جمعا بذلك بین ما فی البدائع من الجواز وما فی الخزانة مع عدمه ط (قوله والوصی) ای إذا اشتری للیتیم من مال نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف وقیده فی نظم الزندوستی بما إذا لم یکن نصبه القاضی اه فتح ای لأن وصی القاضی وکیل بعض الوصی لایمکنک البیع (۲) أو الشراء لنفسه خلاصة وأراد بالشرط المعروف الخیریه : وهی فی الشراء من مال الیتیم لنفسه : أن یرکب ما یساوی عشرة بخمسة عشر ، وفی البیع منه بالعکس وقیل یکنفی بدرهمین فی العشرة والأول المعتمد کما قدمناه قبیل البیوع (قوله والآب من طفله) ولا تشتط فی الخیریه کما فی البحر ، وزاد فیمن یتولی العقد من الطرفين العبد إذا اشتری نفسه من مولاه بأمره والرسول من الجانبین ، بخلاف الوکیل منهما اه زاد فی الدرر قوله : וכذ لو قال یتم منک هذا بدرهم قبضه المشتري ولم یقل شیئا ینعتقد البیع اه وقال فی العزمیه : والظاهر أن هذا من باب التعاطی اه وفیه نظر لأن بیع التعاطی لیس فی إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط کما قدمناه عن الفتح ، وقدمنا عنه أن القبول یرکب بالقول والفعل وأن القبض قبول فحینئذ لم یوجد أفراد أحدهما بالعقد (قوله فإنه لو فور شفقتہ الخ) ای ووصی الآب نائب عنه فله حکمه ، ولذا سکت عنه وأما القاضی فکذلک (قوله وتمامه فی الدرر) ذکر فیها بعد عبارة الشارح مانصه فلم یحتاج إلی القبول ، وكان أصیلا فی حق نفسه ونائبا عن طفله حتی إذا بلغ كانت المهدیه علیه دون آیه ، بخلاف ما إذا باع مال طفله من أجنبي ، فبإیضا كانت المهدیه علی آیه فإذا لزم علیه الثمن فی صورة شرائه لا یرأى عن الدین حتی یصب القاضی وکیلا یقبضه للصغیر فیرده علی آیه فیکون أمانة عنده اه (قوله قبل الآخر) یکسر الباء من القبول المقابل للإيجاب ، وقوله : أو ترک عطف علیه ای ینجز الآخر بین القبول والترك فی المجلس ، مادام الموجب علی إيجابه ، فلو رجع عنه قبل القبول بطل کما یأقی ولابد أیضا من كون القبول فی المجلس ، وكونه موافقا للإيجاب کما نبه علیه وكونه فی حیاة الموجب . فلو مات قبله بطل إلا فی مسأله علی ما فهمه فی البحر ورده فی النهر بأنه لا استثناء فراجعه ، وكونه قبل رد مخاطب الإيجاب وكونه قبل تغیر المبیع ، فلو قطعت ید الجاریه بعد الإيجاب ، وأخذ البائع أرضها لم یصح قبول المشتري ، کما فی الخانیة بحر والظاهر أن التفتید بأخذ الأرض اتفاقا نهر .

(۱) (قوله ای بیعه مال الیتیم من ینیم آخر الخ) أقول : ما نقل من البدائع محال لما هو منقول عن الأئمة المتأخرین کالغیریه أبی جعفر الطحاوی أحد المجتهدین فی المسائل والقاضی أبی جعفر الآخروسی وغیرهما ، فمن أحكام الصغار نقلنا من القاضی أبی جعفر . القاضی إذا باع مال أحد الیتیمین من الآخر وكذا الآب والوصی لو قبل لا یجوز بالاتفاق ، وذكر رشید الدین فی فتاوی القاضی فی بیع مال أحد الصغیرین من الآخر مثل الوصی بخلاف الآب وفی الحاصل من شرح الطحاوی لا یجوز من الوصی بیع مال أحد الیتیمین من الآخر ویجوز ذلك من الآب إذا لم یقبض الثمن اه .

إذا علمت ذلك ظهر لك أنه لا راجع لآلحاته بالآب هنا وكذلك الوصی فإنه وإن جاز بیعه وشرائه منه بشرط الخیریه لیکن لا یتشکن ماهوته من مدارتین کما هو مصرح به فی الخانیة والیزاریة وغیرهما کتبه خویشه عبد الله التتیس هكذا وجد جماعی نسخة المؤلف اه .
(۲) (قوله والوصی لا یمکنک البیع الخ) لعل سوا به والوکیل لا یمکن الخ تأمل .

(فی المجلس) لأن حوار القبول مقيد به (كل المبيع بكل الثمن أو ترك) (لئلا يلزم (۱) تفريق الصفقة) (إلا إذا) أعاد الإيجاب والقبول

قوت : وبزيده قول التارحانية ودفع أرض اليد إلى البائع أو لم يدفع (قوله في المجلس) حتى أو تكلم البائع مع إنسان في حاجة فإنه يبطل بحر. فالمراد باجلاس ما يوجد فيه ما يدل على الإعراض ، وأن لا يشتغل بمفوت له فيه وأن لم يكن للأعراس أماده في النهر ، فإن وجد بطل ولو اتحد المکان ط (قوله كل المبيع بكل الثمن) بيان لاشتراط موافقة القبول للإيجاب بأن يقل المشتري ما أوجبه البائع بما أوجبه ، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعضه أو بغير ما أوجبه أو ببعضه لم ينقذ إلا في الشفعة ، كما قدمناه في شروط العقد ، وإلا فيما إذا كان الإيجاب من المشتري فقبل البائع بأنقص من الثمن صح وكان خطأ ، أو كان من البائع فقبل المشتري بأزيد صح ، وكان زيادة إن قبلها في المجلس لزمت أماده في البحر ، وذكر أن هبة الثمن بعد الإيجاب قبل القبول تبطل الإيجاب ، وقيل لا ويكون إبراء وسكوت المشتري عن الثمن مفسد للبيع اهـ .

مطلب ما يوجب اتحاد الصفقة وتفريقها

(قوله لئلا يلزم تفريق الصفقة) هي ضرب اليد على اليد في البيع ، ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه ، فرب : قال في البحر : ولا بد من معرفة ما يوجب اتحادها وتفريقها :

وحاصل ما ذكره : أن الموجب إذا اتحد وتعدد مخاطب لم يجز التفريق بقبول أحدهما باتما كان الموجب أو مشتريا ، وعلى عكسه لم يجز القبول في حصة أحدهما ، وإن اتحدا لم يصح قبول مخاطب في البعض فلم يصح تفريقها مطلقا في الأحوال الثلاثة لاتحاد الصفقة في الكل ، وكذا إذا اتحدا عقدا ، وتعدد المبيع كأن يوجب في مثلين أو قيمي ومثلي لم يجز تفريقها بالقبول في أحدهما إلا أن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كمعد واحد أو مكمل أو موزون ، فيكون القبول إيجابا والرضا قبولاً وبطل الإيجاب الأول ، فإن كان مما لا ينقسم إلا بالقيمة كنوبين وعبدین لا يجوز (۲) فلو بين ثمن كل واحد فلا يخلو إما أن يكرر لفظ البيع ، فالانفاق على أنه صفتان . فإذا قبل في أحدهما يصح كقوله بعثك هذين العبدین بعثك هذا باللف وببعثك هذا باللف . وأما أن لا يكرره وفصل الثمن فظاهر الهداية التعدد ، وبه قال بعضهم ومنعه الآخرون ، وحلوا كلامه على ما إذا كرر لفظ البيع ، وقيل إن اشترط تكراره للتعدد استحسان وهو قول الإمام وعنده قياس وهو قولها ورجحه في الفتح بقوله والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لأن الظاهر أن فائدته ليس إلا قصده بأن يبيع منه أيما شاء ، وإلا فلو كان غرضه أن لا يبيعهما منه إلا جملة لم تكن فائدة لتعين ثمن كل اهـ .

واعلم أن تفصيل الثمن إنما يجعلهما عقدين على القول به إذا كان الثمن منقسما عليهما باعتبار القيمة ، أما إذا كان منقسما عليهما باعتبار الأجزاء كالقفزين من جنس واحد فإن التفصيل لا يجعله في حكم عقدين للانقسام من غير تفصيل ، فلم يعتبر التفصيل كما في شرح المجمع للمصنف وهو تقييد حسن اهـ ما في البحر وتام الكلام فيه (قوله إلا إذا أعاد الإيجاب والقبول) كان قال اشترت نصف هذا المكمل بكذا وقبل الآخر فيكون بيعا متأنفا لوجود

(۱) (قول الشارح لئلا يلزم الخ) هو تطيل لمطوف تفديده ولا يقبل في البعض اهـ ط.

(۲) (قوله وعبدین لا يجوز) أنه إذا لم يحد ثمن ما قبل فيه بأن قال قبلت في أحدهما. أما إذا قال قبلت في هذا بكذا ورضي

البائع لا يجوز اهـ .

أو رضى الآخر وكان الثمن منقسما على المبيع بالأجزاء كسكيل وموزون وإلا لا ، وإن رضى الآخر لعدم جوار
المبيع بالحصصة ابتداء كما حرره الوائى أو (بين ثمن كل) كقوله بهنما كل واحد بمائة وإن لم يكرر لفظ بعث عدد
أى يوسف ومحمد وهو المختار كما فى الشرئبلالية عمى البرهان (وءا لم يقبل بطل الإيجاب إن رجع الموجب)
قبل القبول (أو قام أحدهما) وإن لم يذهب (عن مجلسه) على الرابع نهر وابن الكمال ،

ركنيه وبطل الأول (قوله أو رضى الآخر) أى بدون إعادة الإيجاب فيكون القبول إيجابا والرضا قبولاً كما مر
(قوله كسكيل وموزون) أدخلت الكاف العبد الواحد كما سلف ذكره فى عبارة البحرط . ووجه الصحة أنه إذا
كان الثمن منقسما عليهما باعتبار الأجزاء تكون حصصة كل بعض معاومة (قوله وإلا لا) أى وإن يكن الثمن (١)
منقسما عليهما كذلك بل كان منقسما باعتبار القيمة كما إذا كان المبيع عبيدين أو ثوبين لا يصح القول لأحدهما ، وإن
رضى الآخر لجهالة ما ضمن أحدهما من الثمن (قوله لعدم جواز المبيع بالحصصة ابتداء) صورته ما إذا قل : بعث
منك هذا العبد بمحضته من الألف الموزع على قيمته وقيمة ذلك العبد الآخر ، فله باطل لجهالة الثمن وقت البيع
كذا فى فصل قصر العام من التلويح عزيمة ، وقوله ابتداء يخرج به ما إذا عرض البيع بالحصصة ، بأن باعه الدار
بتمامها (٢) فاستحق بعضها ورضى المشتري بالباقي فإنه يصح لعروض البيع بالحصصة انتهاء ، وقد عرفت أن محل عدم
الجواز فيها إذا لم يكرر الثمن ولفظ البيع أو يفصل الثمن فقط على ما ذهب إليه صاحب الهداية (قوله كما حرره
الوائى) لم يذكر الوائى فى هذا المحل تحريرا ط (قوله أو بين ثمن كل) أى فيها إذا كان المبيع م مقسم الثمن عليه
بالقيمة كعبيدين وثوبين (قوله وإن لم يكرر لفظ بعث) لأنه بمجرد تفصيل الثمن تعدد الصفقة على ما هو ظاهر
الهداية كما مر (قوله وهو المختار) تقدم وجه ترجيحه عن الفتح .

مطلب ما يبطل الإيجاب سبعة

(قوله بطل الإيجاب إن رجع الموجب الخ) قال فى البحر : والحاصل أن الإيجاب يبطل بما يدل على الإعراض
وبرجوع أحدهما عنه وبموت أحدهما ، ولذا قلنا : إن خيار القبول لا يورث وبغير المبيع يقطع بد وتخلل عصور
وزيادة بولادة وهلاكه بخلاف ما إذا كان بعد قلع عينه بأقفة متوالية أو بعد ما وهب للمبيع هبة ، كما فى المحيط ،
وقد بينا أنه يبطل بهية الثمن قبل قبوله فأصل ما يبطله سبعة فليحفظ اهـ (قوله قبل القبول) وكذا معه ، فلو خرج
القبول ورجع الموجب معا كان الرجوع أولى كما فى النخاية بحر (قوله وإن لم يذهب عن مجلسه على الرجوع) وقيل
لا يبطل مادام فى مكانه بحر . ويبطل بالقيام وإن كان لمصلحة لا معرضا كما فى الفينة قال فى النهر . واختلاف المجلس
باعتراض ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر كأكمل إلا إذا كان لقمة وشرب إلا إذا كان الإتمام فى
يده ونوم ، إلا أن يكونا جائسين وصلابة لإتمام القرينة أو شفع نقلا وكلام ولو لحاجة ومشى مطلقا (٢) فى ظاهر
الرواية حتى لو تابعها وهما يمشيان أو سيران ولو على دابة واحدة لم يصح : واختار غير واحد كالطحاوى أنه إن
أجاب على فور كلامه متصلا بجاز ، وصححه فى المحيط وقال فى الخلاصة : لو قبل بعد ماشى خطوة أو خطوتين

(١) (قوله أى وإن يكن الثمن الخ) حكلا تحظه ولعل سوابه وأن لا يمكن الخ يقول الأعراب بعده تأمل اهـ مصححه .

(٢) (قوله بأن باعه الدار بتمامها الخ) فيه أن الدار كالعبد الواحد ما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء فهو وإن كان بها بالحصصة إلا أنها
مطلوبة فالظاهر أن يصور بيعهم بغير مدار مثلا استحق أحدهما ورضى المشتري بأعلى الآخر بمحضته ، إلا أن يقال المراد بقوله استحق بعضها
أنه استحق بعض من ثمنها كبيت من مساكنها لأنه استحق جزء شائع منها كتصفت وبيع مثلا حتى تكون ما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء اهـ
(٣) (قوله ومشى مطلقا الخ) أى سواء أجا به على فور كلامه أولا كما يدل عليه ما نقله من الخلاصة اهـ .

لأنه كمجلس خيار المخبرة وكذا سائر التمليكات فتح (وإذا وجدنا لزوم البيع) بلا خيار إلا لعيب أو رؤية خلافا للشافعي رضي الله عنه وحديثه محمول على تفرق الأقوال إذ الأحوال ثلاثة قبل قولها وبعده وبعد أحدها ، وإطلاق المتبايعين في الأول مجاز الأول ، وفي الثاني مجاز الكون وفي الثالث حقيقة فيحمل عليه

جواز. وفي جميع التفاريق - وبه نأخذ وفي المجتبى المجلس المتحد أن لا يشتغل أحد المتعاقدين بغير ما عقد له المجلس ، أو ما هو دليل الإعراض والشفقة كالكسب فلا ينقطع المجلس بغيرها بل لأنهما لا يمكن إيقافها به ملخصا ط وفي الجوهرة لو كان قائما فمعد لم يبطل بحر وكذا لو قاما جالسين لآلوا مضطجعين أو أحدهما فتح تأمل (قوله فإنه كمجلس خيار المخبرة) أي التي ملكها زوجها طلاقها بقوله لما اختار لنفسك. وفي البحر عن الحاوي القدسي : ويبطل مجلس البيع بما يبطل به خيار المخبرة اه ، وهذا أولى لأن خيارها يقتصر على مجلسها خاصة لا على مجلس الزوج بخلاف البيع فإنه يقتصر على مجلسهما كما في البحر عن غاية البيان (قوله وكذا سائر التمليكات فتح) لم يذكر في المنع إلا خيار المخبرة ط. وفي البحر ، قيد بالبيع لأن الخلع والعق على مال لا يبطل الإيجاب فيه بقيام الزوج والمولى لكونه يمينا ويبطل بقيام المرأة والعبد لكونه معاوضة في حقهما كما في النهاية اه (قوله خلافا للشافعي) وبقوله قال أحد وبقولنا قال مالك كما في الفتح (قوله وحديثه) أي الخيار أو الشافعي ، وقد روى بروايات متعددة كما في الفتح منها ما في البخاري من حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما : والمتبايعان بالخيار مالم يتفرقا أو يكون البيع خيارا ط (قوله محمول على تفرق الأقوال) هو أن يقول الآخر بعد الإيجاب : لا أشتري أو يرجع الموجب قبل القبول وإسناد التصرف إلى الناس مرادا به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف قال الله تعالى - وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة - وقال صلى الله عليه وسلم والفرقت بنو إسرائيل على اثنين وسبعين فرقة وستفرق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة ، فتح (قوله إذ الأحوال ثلاثة الخ) لأن حقيقة المتبايعين المشتغلان بأسر البيع لا من تم البيع بينهما وانفصا ، لأنه مجاز والمتشغلان معنى التساومين يصدق عند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر أنهما متبايعان ، فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول ، وهذا حل إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى. لا يقال هذا أيضا مجاز ، لأن الثابت قبل قبول الآخر بائع واحد لا متبايعان : لأننا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ ، ولأننا نفهم من قول القائل زيد وعمره هناك يتبايعان على وجه التبادر إلا أنهما (۱) شغلان بأمر البيع متراضيان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي والحمل على الحقيقي معين فيكون الحديث لنفي توهم أنهما إذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلا للاتفاق والتراضى السابق على أن السمع والقياس معضدان للمذهب ، أما السمع فقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود - وهذا عند قبل التخيير وقوله تعالى - لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض من غير توقف على التخيير فقد أباح الله تعالى أكل المشتري قبل التخيير ، وقوله تعالى - وأشهدوا إذا تباعتم - أمر بالتوقف بالشهادة حتى لا يقع التجاحد والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول ، فلو ثبت الخيار وعدم الزوم قبله كان إبطالا لهذه النصوص وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعق والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع ومما في المنع والفتح ط (قوله مجاز الأول) أي باعتبار ما نتول إليه عاقبه ط عن المنع مثل - إني أراي أعصر خرا - (قوله مجاز الكون) أي باعتبار ما كان عليه من قبل مثل - وأتوا اليتامى أموالهم -

(۱) (قوله إلا أنهما الخ) لعل لسواب إسقاط إلا أو زباد لا لعل لعل نفهم تأمل اه مصححه

(وشرط لصحته معرفة قدر) مبيع وثمن (ووصف ثمن)

(قوله وشرط لصحته معرفة قدر مبيع وثمن) كذكر حنطة وخمسة دراهم أو أكرار حنطة فخرج مالو كان قدر المبيع مجهولا أى جهالة فاحشة ، فإنه لا يصح وقيدنا بالفاحشة لما قالوه لو باعه جميع مائى هذه القرية أو هذه الدار والمشتري لا يعلم ما فيها لا يصح لفحص الجهالة أما لو باعه جميع مائى هذا البيت ، أو الصندوق ، أو الجوالق ، فإنه يصح ، لأن الجهالة يسيرة قال فى الفتية : إلا إذا كان لا يحتاج معه إلى التسليم والتسليم ، فإنه يصح بدون معرفة قدر المبيع ، كمن أقر أن فى يده مائة فلان غصبا أو ودعة ثم اشتراه جاز وإن لم يعرف مقدارها أو معرفة الحدود نفى عن معرفة المقدار ، فى البرازية : باعه أرضا وذكر حدودها لأذرعها طولا وعرضا ، جاز وكذا إن لم الحدود ، ولم يعرفه المشتري إذا لم يقع بينهما تحاجد ، وفيها جهل البائع معرفة المبيع لا يمنع وجهل المشتري يمنع اه وعلى هذا تفرع مائى الفتية : لك فى يدى أرض خربة لاتساوى شيئا فى موضع كذا فبها مئى بستة دراهم ، فقال يفتها ، ولم يعرفها البائع وهى تساوى أكثر من ذلك جاز ولم يكن ذلك بيع المجهول (۱) لأنه لما قال لك فى يدى أرض صار كأنه قال : أرض كذا وفى المجمع لو باعه بصبه من دار فعلم العاقدان شرط أى عند الإمام ، ويجوز أى أبو يوسف مطلقا وشرط أى عمده علم المشتري وحده وفى الثانية : اشتري كذا كذا قرية من ماء القرات : قال أبو يوسف : إن كانت القرية بعينها جاز لمكان التعامل ، وكذا الرواية والجرة وهذا استحسان وفى نفيس لا يجوز إذا كان لا يعرف قدرها ، وهو قول الإمام وخرج أيضا مالو كان الثمن مجهولا كالمبيع بقبضة أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشتراه فلان ، فإن علم المشتري بالقدر فى المجلس جاز ومنه أيضا مالو باعه بمثل ما يبيع الناس إلا أن يكون شيئا لا يفاضون نهر (قوله ووصف ثمن) لأنه إذا كان مجهول الوصف تنافى المنازعة فالمشتري يريد دفع الأذن والبائع يطلب الأرفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد نهر .

[تنبيه] ظاهر كلامه كالذكر يعطى أن معرفة وصف المبيع غير شرط ، وقد نفى اشتراعه فى المدفع والمبيع والثنى وظاهر الفتح إثباته لهما ، ووفق فى البحر بمحمل مائى البدائع على المشار إليه أو إلى مكانه ، وهى فى المنع على غيره لكن حقق فى النهر أن ما فهمه من الفتح وهم فاحش ، لأن كلام الفتح فى الثمن فقط .

قلت : وظاهر الاتفاق على اشتراط معرفة القدر فى المبيع والثنى ، وإغا الخلاف فى اشتراط الوصف فهما وللعلامة الشربلى رسالة سماها : نفيس المتجر يشراء الدرر ، حقق فيها أن المبيع المسمى جنسه ، لأحاجة فيه إلى بيان قدره ولا وصفه ولو غير مشار إليه أو إلى مكانه لأن الجهالة المانعة من الصحة تنفى بثبوت خيار الرؤية لأنه إذا لم يوافق برده فلم تكن الجهالة مفضية إلى المنازعة واستدل على ذلك بفروع صححوا فيها البيع بدون بيان قدر ولا وصف منها ما قدمناه من صحة (۲) بيع جميع مائى هذا البيت أو الصندوق ، وشراء مائى يده من غصب قدر ولا وصف منها ما قدمناه من صحة (۲) بيع جميع مائى هذا البيت أو الصندوق ، وشراء مائى يده من غصب

(۱) (جاز ولم يكن ذلك بيع المجهول) قال الخبير فحمل لم يذكر خيار الثمن فربما ولا شك أن له ذلك على ما عليه الدعوى حيث كان البيع فاحشا للتحرير وقد أجبنا به فى مثل ذلك مرارا وإن سبحانه أعلم اه . قلت : وبه صرح فى الحاوى له منه .

(۲) (قوله منها ما قدمناه من صحة الفتح) فيه أن الجهالة فى بيع مائى البيت أو الصندوق يسيرة لا تنفى إلى المنازعة والمقصود إثبات جهالة فاحشة وقوله : وشراء ما فى يده من غصب أو ودعة هذا أيضا لا يصلح دليلا للمضى لأن الجهالة فيه لم تثبت لعدم الحاجة إلى التسليم والتسليم والمضى وجود جهالة فىحتاج فيه إلى التسليم وتسلم على أن الجهالة المفضية إلى المنازعة إنما هى جهالة المشتري قدر المبيع وليس موجودة هنا حيث كان المبيع فى يده وقوله : وبيع الأرض مقصرا على ذكر حدودها فيه أيضا أنه قدر إنما يعتبر فى المقدرات الشرعية والمقارنات لم يعتبر فيها الشرع سوى التمهيد وقد وجد وبالمجلة إذا تأملت جميع ما ساقه خرج جميعه من الصلاحية للاستدلال به على معناه اه .

كهرى أو دمشق (غير مشار) إليه (لا) يشترط ذلك في (مشار إليه) لنفى الجهالة بالإشارة مالم يكن ربويا
قول بجنسه

أو ودیعة ، وبيع الأرض مقتضرا على ذكر حدودها وشراء الأرض انحرية المارة عن القنية . ومنها : ما قالوا لو
قال بعتك عبدي وليس له إلا عبد واحد صح ، بخلاف بعتك عبدا بدون إضافة ، فإنه لا يصح في الأصح .
ومنها : لو قال بعتك كرا من الحنطة ، فإن لم يكن كل الكرا في ملكه بطل ولو بعضه في ملكه بطل في المعلوم
وفسد في الموجود ، ولو كله في ملكه لكن في موضعين أو من نوعين مختلفين ، لا يجوز ولو من نوع واحد في
موضع واحد حاز وإن لم يصف البيع إلى تلك الحنطة ، وكذا لو قال بعتك مائى كفى فعاتمهم على الجواز
وبعضهم على عدمه وأول قول السكز ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن ، بأن لفظ قدر غير منون ، مضاعفا لما بعده
من الثمن مثل قول العرب : بعتك بنصف وربع دوهم :

قلت : ما ذكره من الاكتفاء بذكر الجنس عن ذكر القدر والوصف يلزم عايه صحة البيع في نحو : بعتك
حنطة بدرهم ولا قائل به ، ومثله بعتك عبدا أو دارا وما قاله من انتفاء الجهالة بثبوت خيار الرؤية مدفوع بأن
خيار الرؤية قد يسقط برؤية بعض المبيع ، فتبقى الجهالة المفضية إلى المنازعة وكذا قد يبطل خيار الرؤية قبلها ،
بنحو بيع ، أو رهن لما اشتراه كما سيأتى بيانه في بابها ولذا قال المصنف هناك : صح البيع والشراء مالم يراه ،
والإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز اه فأقاد أن انتفاء الجهالة بهذه الإشارة شرط جواز أصل البيع ، لثبت
بعده خيار الرؤية . نعم : صحح بعضهم الجواز بدون الإشارة المذكورة ، لكنه محمول على ما إذا حصل انتفاء
الجهالة بدونها ولذا قال في النهاية هناك : صح شراء مالم يره معنى شيئا يسمى موصوفا أو مشارا إليه أو إلى مكانه
وليس فيه غيره بذلك الاسم اه وقال في العناية قال صاحب الأسرار لأن كلاهما في عين هي بحالة لو كانت الرؤية
حاصلة لكان للبيع جازا اه وفي حاوى الزاهدی : باع حنطة قدرا معلوما ، ولم يعينها بالإشارة ، ولا بالوصف
لا يصح اه هذا والذي يظهر من كلامهم تفريعا وتعلیلا أن المراد بمعرفة القدر ، والوصف ما ينفي الجهالة الفاحشة
وذلك بما يخص المبيع عن أنظاره ، وذلك بالإشارة إليه لو حاضرا في مجلس العقد ، وإلا فبيان مقداره مع بيان
وصفه أو من المقدرات ، كبعتك كرا حنطة بلدية مثلا بشرط كونه في ملكه ، أو ببيان مكانه انحصار كبعتك
مائى هذا البيت ، أو مائى كفى أو بإضافته إلى البائع كبعتك عبدي ، ولا عبد له غيره ، أو ببيان حدود أرض ففى
كل ذلك ننفي الجهالة الفاحشة عن المبيع ، وتبقى الجهالة اليسيرة التى لاتناقى صحة البيع - لا ارتفاعها بثبوت خيار
الرؤية فإن خيار الرؤية إنما ثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة لا لرفع الفاحشة المتأنية لصحة فاعتق
تحقيق هذا المقام بما يرفع الظنون والأوهام ، ويندفع به التناقض والوهم عن عبارات القوم (قوله كهرى أو
دمشق) ونظيره إذا كان الثمن من غير التقود كالحنطة لابد من بيان قدرها ووصفها ككر حنطة بحرية أو صعيدية
كما أفاده السكاز وحققه في النهر (قوله غير مشار إليه) أى إلى ما ذكر من المبيع والثن قال في البحر : لأن التسليم
والتسليم واجب بالعقد ، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسليم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز
اه (قوله لا يشترط ذلك في مشار إليه) قال في البحر : وقوله غير مشار إليه قيد لهما ، لأن المشار إليه مبهما كان
أو نمنا لا يحتاج إلى معرفة قدره ، ووصفه فلو قال : بعتك هذه الصبرة من الحنطة أو هذه الكورجة من الأرز
والشاشات : وهى مجهولة العدد بهذه الدراهم التى في يدك : وهى مرفوعة له فقبل جاز ولزم ، لأن الباقي جهالة
الوصف يعنى القدر ، وهو لا يضر إذا لا تمتع من التسليم والتسليم اه (قوله مالم يكن) أى المشار إليه ربويا قول

أو سلما اتفاقا أو رأس مال سلم لو مكبلا أو موزونا خلافا لما كما ينبغي ؟
[فرع] لو كان الثمن في صرة ولم يعرف ما فيها من خارج غير ويسمى خيار الكمية لا خيار الرؤية لعدم ثبوته في القود فتح (وصح بضمن حال) وهو الأصل (وموئل إلى معلوم) لتلا يفضى إلى النزاع

يخسره أى ويبع مجازفة مثل بيعك هذه الصبرة من الحنطة بهذه الصبرة . قال في البحر : فإنه لا يصح لاحتفال الربا واحتماله مانع كحقيقته (قوله أو سلما) أراد به المسلم فيه بقرينة ما بعده لسلحه لاحاجة للذكره ، لأن المسلم فيه موئل غير حاضر فلا يصح أن يكون مشارا إليه والكلام فيه (قوله لو مكبلا أو موزونا) فلا تكن الإشارة إليه كافي مدروع ونحوان خلافا لما لأنه ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه ، فيحتاج إلى رد رأس المال وقد ينقضي بعضه ثم يبعد بابقه ممينا فيرده ولا يستبدله رب السلم في مجلس الرد فيفسخ العقد في المردود ، ويبقى في غيره فتلزم جهالة المسلم فيه فيما بقى فوجب بيانه كما ينبغي في باب السلم (قوله غير) أى البائع والذى في الفتح والبحر عدم التخيير وعبارة الفتح ولو قال : اشتريتها بهذه الصرة من الدراهم ، فوجد البائع ما فيها بخلاف نقد البلد ، فله أن يرجع بنقد البلد لأن مطلق الدراهم في البيع ينصرف إلى نقد البلد وإن وجد ما نقد البلد جاز ، ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشتريت بما في هذه الخابية . ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وإن كانت نقد البلد ، لأن الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها . وفي الخافية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لأن خيار الرؤية لا يثبت في النقود اه ط (قوله وصح بضمن حال) بتشديده اللام قال في المصباح : حل الدين يحمل بالكسر حلولا اه قيد بالثمن لأن تأجيل المبيع المعين لا يجوز ويفسده بغير .

مطلب في الفرق بين الأمان والمبيعات

واعلم أن كلا من التقدين نحن أبدا والعين الغير المثل مبيع أبدا ، وكل من المكبل والموزون الغير المثل والمعدى المتقارب إن قوبل بكل من التقدين كان مبيعا ، أو قوبل بعين فإن كان ذلك المكبل والموزون المتقارب متعينا كان مبيعا أيضا ، وإن كان غير متعين فإن دخل عليه حرف الباء مثل اشتريت هذا العبد بكر حنطة كان غنا وإن استعمل استعمال المبيع وكان سلما مثل اشتريت منك كرو حنطة بهذا العبد ، فلا بد من رعاية شرائط السلم غير الأذكار شرح درر البحار : وسيأتى له زيادة بيان في آخر الصرف (قوله وهو الأصل) لأن الحلول تقتضى القصد وموجبه والأجل لا يثبت إلا بالشرط بغير من السراج (قوله لتلا يفضى إلى النزاع) تعليل لاشتراط كون الأجل معلوما لأن علمه لا يفضى إلى النزاع ، وأما مفهوم الشرط المذكور وهو أنه لا يصح إذا كان الأجل مجهولا فلعنه كونه يفضى إلى النزاع فالقوم : وسيلذكر المصنف في البيع الفاسد بيان الأجل المفسد وغيره .

مطلب في التأجيل إلى أجل محمول

[تذييل] من جهالة الأجل ما إذا باعه بألف حل أن يؤدي إليه الثمن في بلد آخر ، ولو قال إلى شهر حل أن يؤدي الثمن في بلد آخر جاز بألف إلى شهر ، ويبطل الشرط لأن تعيين مكان الإيفاء فيها لا حل له ولا مؤلة غير صحيح ، فلو له حل ومؤلة يصح ومنها اشتراط أن يعطيه الثمن^(۱) على التفريق أو كل أسبوع البعض ، فإن لم يشرط في البيع بل ذكر بعده لم يفسد ، وكان له أخذ الكل جملة وتعامه في البحر وقوله لم يفسد أى البيع فيه

(۱) (قوله ومنها اشتراط أن يعطيه الثمن إلخ) أى أى هذه الألفاظ الجملة أى لفظة التفريق ولفظة البعض اه .

ولو باع مؤجلا صرف لشهر به يفتى ولو اختلفا في الأجل فالقول لنا فيه إلا في السلم به يفتى ولو في قدره فلم يصدى الأجل والبيئة فيهما للمشتري ولو في مضيه فالقول والبيئة للمشتري ويبطل الأجل بموت المدينون لا الدائن .
[فروع] باع بحال ثم أجله أجلا معلوما أو مجهولا كنيروز وحصاد صبار مؤجلا منية .

كلام يأتي قريبا (قوله ولو باع مؤجلا) أى بلا بيان مدة بأن قال بعثك بدرهم مؤجل (قوله صرف لشهر) كأنه لأنه المهود في الشرع في السلم واليمين في ليقضين دينه أجلا بحر (قوله به يفتى) وعند البعض ثلاثة أيام بحر عن شرح المجمع .

قلت : ويشكل على القولين أن شرط صحة التأجيل أن يعرفه العاقدان ولذا لم يصح البيع بنمن مؤجل إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى إذا لم يدره العاقدان كما سيأتي في البيع الفاسد وكذا لو عرفه أحدهما دون الآخر فتأمل (قوله فالقول لنا فيه) وهو البائع لأن الأصل الحلول كما مر (قوله إلا في السلم) فإن القول لمنته لأن لفيه يصدى فساد به فقد شرط صحته ، وهو التأجيل ومدحه يصدى صحته بوجوده والقول لمضى الصحة ط (قوله فلم يصدى الأجل) لانكاره الزيادة ح (قوله والبيئة فيهما) أى في المسألتين للمشتري لأنه يثبت خلاف الظاهر والبيئات للإثبات ح (قوله فالقول والبيئة للمشتري) لأنهما لما اتفقا على الأجل فالأصل بقاءه فكان القول للمشتري في عدم مضيه ، ولأنه منكر توجه المطالبة وهذا ظاهر وأما تقديم بيته على بيته البائع فعلة في البحر عن الجوهرة بأن البيئة مقدمة على الدعوى اه ، وهو مشكل ، فإن شأن البيئة إثبات خلاف الظاهر ، وهو هنا دعوى البائع على أن بيته المشتري على عدم المضى شهادة على النفي ، وقد يجاب عن الثاني بأنه إثبات في المعنى ، لأن المعنى أن الأجل باق تأمل ، وحيث نوجه تقديم بيته كونها أكثر إثباتا ويدل له ما سيأتي في السلم مع أنها لو اختلفا في مضى الأجل فالقول للمسلم إليه بيمينه ، وإن ربحنا فبيته أولى وعلة في البحر بإثباتها زيادة الأجل قال فالقول قوله والبيئة بيته هذا ، ولم يذكر الاختلاف في النمن أو في المبيع ، لأنه سيأتي في كتاب الدعوى في فصل دعوى الرجلين (قوله ويبطل الأجل بموت المدينون) لأن فائدة التأجيل أن يتجر فيؤدى النمن من ثناء المال فإذا مات من له الأجل تعين المتروك لقضاء الدين ، فلا يفيد التأجيل بحر عن شرح المجمع ، وصرح قبله بأنه لو مات البائع لا يبطل الأجل (قوله أو مجهولا) أى جهالة يسيرة بدليل التمثيل فيخرج ماله أجله إلى أجل مجهول جهالة فاحشة كهبوب الريح (قوله صار مؤجلا) كذا جزم به المصنف في باب البيع الفاسد كما سيأتي . فتن ، وذكره في الهداية أيضا وكذا في الزيلعي ومن الملتقى والدرر وغيرها ، وعزاه في التارخائية إلى الكاظمي ، وفي الخاتية : رجل باع شيئا بهما جائزا وأخرج النمن إلى الحصاد أو الدياس ، قال يفسد البيع في قول أبي حنيفة ، وعن محمد أنه لا يفسد البيع ويصح التأخير لأن التأخير بعد البيع تبرع ، فيقبل التأجيل إلى الوقت المجهول ، كما لو كفل بحال إلى الحصاد أو الدياس وقال القاضي الإمام أبو علي النسفي : هذا يشكل بما إذا أقرض رجلا ، وشرط في القرض أن يكون مؤجلا لا يصح التأجيل ، ولو أقرض ثم أخر لا يصح أيضا فكان الصحيح من الجواب . قال الشيخ الإمام إنه يفسد البيع ، سواء أجله إلى هذه الأوقات في البيع أو بعده اه :

قلت : وهذا تصحيح بخلاف ما قدمناه عن الهداية وغيرها وفيه بحث فإن إلحاق البيع بالقرض غير ظاهر ، بدليل أن القرض لا يصح تأجيله أصلا ، وإن كان الأجل معلوما وتأجيل البيع إلى أجل معلوم صحيح اتفاقا على أنه ذكر في التاسع والثلاثين من جامع الفصولين الشرط القاسد لو ألحق بعد العقد هل يلحق بأصل العقد عند أبي حنيفة قيل

له ألف من ثمن مبيع قبلا أعط كل شهر مائة فليس بتأجيل بزارية :
عليه ألف ثمن جعله ربه نجوما إن أدخل بنجم حل الباقي فالأمر كما شرط ملغظ ، وهي كثيرة الوقوع .
قلت : وما يكثر وقوعه ماله اشترى بقطع رائحة فكسدت بضرب جديدة يجب قيمتها يوم البيع من الذهب
لا غير إذ لا يمكن الحكم بحكم بثلاث منع السلطان منها ، ولا يدفع قيمتها من الفضة الجديدة لأنها لم يقلب غشا
فجديدها ورديوها سواء إجماعا

نعم وقيل : لاهو الصحيح اه ثم قال بعده : استأجر أرضا وشرط تعجيل الأجرة (۱) . إلى الحصاد أو الدياس يفسد
العقد ولو لم بشرطه في العقد بل بعده لا يفسد كما في البيع فإن الرواية محفوظة أنه لو باع مطلقا ثم أجل المثل إلى حصاد
ودياس لا يفسد ويصح الأجل اه :

[تنبيه] علم بامر أن الأجل عن ضربين : معلومة ، ومجهولة ، والمجهولة على ضربين : مقارنة كالحصاد
ومتفاوتة : كهبوب الربيع فالثمن العين يفسد بالتأجيل ، ولو معلوما والدين لا يجوز لمجهول ، لكن لو جهالة بمقاربة
وأبطله المشتري قبل عمله وقبل فسخه للفساد انقلب جائزا لا لو بعد مضيه أمالو متفاوتة وأبطله المشتري قبل التفريق
انقلب جائزا كما في البحر عن السراج ، وهذا وذكر الشارح في البيع الفاسد عن العيني مايوهم أن الأخير لا يقلب جائزا
وليس كذلك فافهم . ونقل الشارح هناك تبعا للمصنف عن ابن كمال وابن ملك أن يبطله قبل التفريق شرط
في المجهول جهالة مقارنة كالحصاد وهو خطأ كما سنبينه هناك إن شاء الله تعالى (قوله فليس بتأجيل) لأن بحر -
الأمر بذلك لا يستلزم التأجيل تأمل (قوله إن أدخل بنجم) حال من فاعله جعله بتقدير القول أى جعله ربه نجوما ،
قبلا إن أدخل البيع اه ح :

مطلب مهم في أحكام النقود إذا كسدت أو انقطعت أو غلت أو رخصت

(قوله قلت وما يكثر وقوعه الخ) اهل أنه إذا اشترى بالدرهم التي غلب غشا أو بالفلوس ولم يسلمها بالبيع
ثم كسدت بطل البيع والانقطاع عن أيدي الناس كالكساد ويجب على المشتري رد المبيع لو قائما ومثله أو قيمته
لو هالكا ، وإن لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وهذا عنده وعندهما لا يبطل البيع ، لأن المتعذر التسليم
بعد الكساد ، وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج لكن عند أبي يوسف يجب قيمته يوم البيع ،
وعند محمد يوم الكساد وهو آخر ما تعامل الناس بها وفي اللخيرة الفتوى على قول أبي يوسف ، وفي المحيط والتممة
والخاتمي ويقول محمد يفتي رفا بالناس اه والكساد : أن تترك المعاملة بها في جميع البلاد ، فلو في بعضها لا يبطل
لكنه تنعيب إذا لم ترجع في بلدهم ، فيتخير البائع إن شاء أخذه وإن شاء أخذ قيمته وحده الانقطاع أن لا يوجد في السوق
وإن وجد في يد الصيارفة والبيوت هكذا في الهداية والانقطاع كالكساد كما في كثير من الكتب لكن قال في المضمرات
فإن انقطع ذلك فعليه من الذهب والفضة قيمته في آخر يوم القطع هو المختار اه هذا إذا كسدت وانقطعت
أما إذا غلت قيمتها أو انقصت فالبيع حل حاله ولا يتغير المشتري ، ويطالب بالنقد بملك العيار الذي كان
وقت البيع كذا في فتح القدير : وفي البرازية عن المتقي غلت الفلوس أو رخصت فعند الإمام الأول والثاني ،
أولا ليس عليه غيرها وقال الثاني ثانيا عليه قيمتها من الدرهم يوم البيع والقبض وعليه الفتوى ، وهكذا في اللخيرة

(۱) قوله (تعجيل الأجرة) هكذا بخطه ولعل سواه تأجيل الأجرة بدليل قوله إلى الحصاد الخ وبدليل التنزيل بالبيع في قوله كما
في فتح القدير كامل اه يصحح .

والخلاصة عن المتن ، ونقله في البحر وأقره ، فحيث صرح بأن الفتوى عليه في كثير من المعبرات ، فيجب أن يعول عليه إفتاء وقضاء ، ولم أر من جعل الفتوى على قول الإمام هذا خلاصة ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى في رسالته : بهذا المجهود في مسألة تنبئ التقود في الذخيرة عن المتن إذا غلت الفلوس قبل القبض أو رخصت : قال أبو يوسف ، قولي وقول أبي حنيفة في ذلك سواء وليس له غيرها ، ثم رجع أبو يوسف وقول عليه قيمتها من الدراهم ، يوم وقع البيع ويوم وقع القبض اهـ وقوله : يوم وقع البيع أى في صورة البيع وقوله : ويوم وقع القبض أى في صورة القرض كما نبه عليه في النهر في باب الصرف .

وحاصل ما مر : أنه على قول أبي يوسف المتن به لا فرق بين الكساد والانقطاع والرخص والغلاء في أنه يجب قيمتها يوم وقع البيع أو القرض لأجلها ، وفي دعوى اليزانية ، من النوع الخامس عشر ، عن فوائد الإمام أبي حفص الكبير استقرض منه داني فلوس حال كونها عشرة بداني ، فصارت ستة بداني أو رخص وصار عشرون بداني بأحد منه عدد ما أعطى ولا يزيد ولا ينقص اهـ .

قلت : هذا معنى على قول الإمام ، وهو قول أبي يوسف أولا ، وقد علمت أن المتن به قوله ثانياً بوجوب قيمتها يوم القرض ، وهو داني أى سدس درهم سواء صار الآن ستة فلوس بداني أو عشرين بداني تأمل ، ومثله ما سيذكره المصنف في فصل القرض من قوله استقرض من الفلوس الرائجة والعدائي فكسدت فعليه مثلها كاسدة لا قيمتها اهـ فهو على قول الإمام . وسيأتي في باب الصرف متنا وشرحا اشترى شيئا به أى بقال الغش ، وهو نافي أو بفلوس نائمة فكسدت ذلك قبل التسليم للبائع بطل البيع كما لو انقطعت عن أيدي الناس ، فإنه كالكساد وكذا حكم الدراهم ، لو كسدت أو انقطعت بطل وصحوا بقيمة المبيع وبه يفتى وفقاً بالناس بحر وحقائقي اهـ ، وقوله : بقيمة المبيع صوابه بقيمة الثمن الكاسد . وفي غاية البيان قال أبو الحسن : لم تختلف الرواية عن أبي حنيفة في فرض الفلوس إذا كسدت أن عليه مثلها قال بشر : قال أبو يوسف : عليه قيمتها من الذهب يوم وقع القرض في الدراهم التي ذكرت لك أصنافها ، يعنى البخارية والطبرية واليزيدية وقال محمد : قيمتها في آخر نفاقها قال القنوري ، وإذا ثبت من قول أبي حنيفة في قرض الفلوس ما ذكرنا فالدرهم البخارية فلوس على صفة مخصوصة والطبرية واليزيدية ، هي التي غلب الغش عليها فتجربى مجرى الفلوس فلذلك قامها أبو يوسف على الفلوس اهـ ، ما في غاية البيان وما ذكره في القرض جاز في البيع أيضا ، كما قدمناه عن الذخيرة من قوله يوم وقع البيع الخ .

ثم اعلم أن الذي فهم من كلامهم أن الخلاف المذكور ، إنما هو في الفلوس والدراهم الغالية الغش ، ويدل عليه أنه في بعض عبارات اقتصر على ذكر الفلوس . وفي بعضها ذكر العدائي معها وهي كما في البحر عن البناء بفتح العين المهملة والدال وكسر اللام درهم فيها غش . وفي بعضها تقييد الدراهم بغالية الغش ، وكذا تعليلهم قول الإمام بطلان البيع ، بأن الغنية بطلت بالكساد لأن الدراهم التي غلب غشها إنما رجعت ثمتا بالاصطلاح ، فإذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح فلم تبق ثمتا فبقي البيع بلا ثمن فبطل ، ولم أر من صرح بحكم الدراهم الخالصة أو المغلوبة الغش ، سوى ما أفاده الشارح هنا . وينبغي أنه لا خلاف في أنه لا يبطل البيع بكسادها ، ويجب على المشتري مثلها في الكساد ، والانقطاع والرخص والغلاء أما عدم بطلان البيع ، فلأنها ثمن خلقه فترك المعاملة بها لا يبطل ثمنها فلا ينافي تعليل البطلان المذكور ، وهو بقاء البيع بلا ثمن . وأما وجوب مثلها وهو ما وقع عليه العقد كآلة ذهب

أما ما غلب غشه فيه الخلاف ، كما سيجيء في فصل القرض فتنبه وبه أجاب سعدى أفندي وهذا إذا بيع بثمن دين قلو بعين فسد فصح و (بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر) لما فيه من ربا النساء كما سيجيء في بابه (و) الأجل (ابتداءه من وقت التسليم) ولو فيه خيار

مشخص ، أو مائة ريال فرجحي فلبقاء ثمنيتها أيضا وعدم بطلان تقومها ونعام بيان ذلك في رسالتنا تنبيه الرقود في أحكام النقود ، وأما ما ذكره الشارح من أنه يجب قيمتها من الذهب فغير ظاهر لأن مثليتها ، لم تبطل فكيف يعدل إلى القيمة ، وقوله إذا لم يمكن الخ فيه نظر لأن منع السلطان التعامل بها في المستقبل لا يستلزم منع الحاكم من الحكم على شخص بما وجب عليه منها في الماضي . وأما قوله : ولا يدفع قيمتها من الجديدة ، فظاهر وببانه أن كساده عيب فيها عادة ، لأن الفضة الخالصة إذا كانت مضروبة رائجة تقوم بأكثر من غيرها ، فإذا كانت المشرقة من الكسادة تساوى تسعة من الرائجة مثلا فإن الزمن المشتري بقيمتها وهو تسعة من الجديدة يلزم الربا ، وإن أزمناه بعشرة نظرا إلى أن الجودة والرداءة في باب الربا غير معتبرة يلزم ضرر المشتري ، حيث الزمناء بأحسن مما أكرم فلم يمكن إلزامه بقيمتها من الجديدة ، ولا بمثلها منها فمعين إلزامه بقيمتها من الذهب ، لعدم إمكان إلزامه بمثلها من الكسادة أيضا لما علمت من منع الأحكام منه ، لكن علمت ما فيه هذا ما ظهر لي في هذا المقام والله سبحانه وتعالى أعلم . وبقي ماله وتبع الشراء بالقروش كما هو عرف زماننا وبأن الكلام عليه قريبا (قوله أما ما غلب غشه الخ) أفاد أن كلامه السابق فيها كان خاليا عن الغش أو كان غشه مغلويا ، وأنه لا خلاف فيه على ما فهم من كلامهم كما قررناه آنفا (قوله كما سيجيء في فصل القرض) صوابه في باب الصرف كما علم مما قد مر (قوله وهذا) أي ما ذكره في المتن من صحة البيع بثمن مؤجل إلى معلوم (قوله بثمن دين الخ) أراد بالدين ما يصح أن يثبت في الدمة سواء كان نقدا أو غيره ، وبالعين ماقابله فيدخل في الدين الثوب الموصوف بما يعرفه لقوله في الفتح وغيره : إن الثياب كما تثبت مبيعا في الدمة بطريق السلم تثبت ديننا مؤجلا في الدمة على أنها ثمن ، وحينئذ بشرط الأجل لا لأنها ثمن بل لصعير ملحقه بالسلم في كونها ديننا في الدمة فلذا قلنا إذا باع عبدا ثوب موصوف في الدمة إلى أجل جاز ، ويكون بيعا في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما لو أسلم الأبراهيم في الثوب ، وإنما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الأجل ، واعتنع بيعه قبل قبضه لإلحاقه بالمسلم فيه اه . فافهم (قوله وبخلاف جنسه) عطف على قوله بثمن دين ، وفي بعض النسخ أو بدل الواو والأولى أولى لأن الشرط كل منهما لا أحدهما كما أفاده ط وقوله : ولم يجمعهما قدر جاة حالية والمقدر كيل أو وزن ، وذلك كييع ثوب بئراهم واحترز عما لو كان يجنسه وجمعهما قدر ككرر بر بمثله أو كان يجنسه ، ولم يجمعهما قدر كثوب هروى بمثله أو كان بخلاف جنسه وجمعهما قدر ككرر بر بكسر شعير فإنه لا يصح التأجيل لما فيها من ربا النساء فقول الشارح : لما فيه من ربا النساء بالفتح أي التأخير لتعليل لفهمه المتن ، وهو عدم صحة التأجيل في الصور الثلاثة أفاده ح .

قلت : بقي شرط آخر وهو أن لا يكون المبيع الكيل أو الوزني هالكا ، فقد ذكر الخبير الرملى أول البيوع عن جواهر الفتاوى على آخر حنطة غير السلم فباعها منه بثمن معلوم إلى شهر لا يجوز ، لأنه بيع الكالء الكالء وقد نهينا عنه وإن باعها ثمن عليه ونقد المشتري الثمن في المجلس جاز فيكون ديننا بعين اه وذكر المسألة في المحق قيل باب الربا ، ومثله كل مكمل وموزون وكالبيع الصلح ففي الثلاثين من جامع الفصولين ، ولو غصب ككرر بر فصالحه وهو قائم على دراهم مؤجلة جاز ، وكذا الذهب والفضة وسائر الموزونات ، ولو صالحه على كبل مؤجل لم يجز

فقد سقوط الخيار عنده خالية (وللمشتري) بشئ من أجل إلى سنة منكورة (أجل سنة ثانية) مذ تسلّم (لمنع البائع السلعة) عن المشتري (سنة الأجل) المنكورة تحصيلاً لفائدة التأجيل فلم معينة أو لم يمنع البائع من التسليم لا اتفاقاً لأن التقصير منه (و) الثمن المسمى قدره لا وصفه (ينصرف مطلقه إلى غالب نقد البلد) بلد العقد بجميع الفتاوى لأنه المتعارف (وإن اختلفت النقود مائة) كذهب شربني وبندي (فقد العقد مع الاستواء في رواجها)

إد الجونس: إنفراد بهرم النساء، ولو كان البرهالك لم يجر الصلح على شيء من هذا نسبة، لأنه دين بدني إلا إذا صالح على بر مثله، أو أقل منه مؤجلاً جازلاً لأنه عين حقه والحط جائز لآلو على أكثر الربا والصلح على بعض حقه في السكيل والورثي حال قيامه لم يجره وفي البرازية الحيلة في جواز بيع الحنطة المستهلكة بالنسيئة، أن يبيعها برب ويقبض الثوب ثم يبيعه بدراهم إلى أجل اه :

أقول: وتجري هذه الحيلة في الصلح أيضاً وهي واقعة الفتوى ويكثر وقوعها اه (قوله فقد سقط الخيار عنده) أي عند أي حادثة لأن ذلك وقت استقراء البيع (قوله مذ تسلّم) متعلق بأجل (قوله لمنع) اللام للتعليل، أو للتوقيت، متعلقة بما تعلق به قوله وللشترى (قوله تحصيلاً لفائدة التأجيل) وهي التصرف في المبيع وإيقاع الثمن من ربحه مثلاً (قوله فلم معينة) كسنة كذا ومثله إلى رمضان مثلاً (قوله لأن التقصير منه) تعليل للثانية، أما الأولى فللكونه لما عين تعيين حقه فيها عينه فلا يثبت في غيره (قوله والثمن المسمى قدره لا وصفه) لما كان قول المصنف ينصرف مطلقه موهماً أن المراد بالطلق، ما لم يذكر قدره ولا وصفه بقرينة قوله أولاً وشرط لصحته معرفة قدر ووصف الثمن دفع ذلك بأن المراد المطلق عن تسمية الوصف فقط :

مطلب يعتبر الثمن في مكان العقد وزمنه

(قوله بجميع الفتاوى) فإنه قال معزياً إلى يورح الخزائن باع عينا من رجل بأصفهان بكذا من الدنانير فلم ينقد الثمن حتى وجد المشتري ببخارى يجب عليه الثمن بغير أصفهان، فيعتبر مكان العقد اه منع .

قلت: ونظراً لثمرة ذلك إذا كانت مالية الدينار مختلفة في البلدين، وتوافق العاقدان على أخذ قيمة الدينار لفقده أو كساده في البلدة الأخرى، فليس للبائع أن يلزمه بأخذ قيمته التي في بخارى إذا كانت أكثر من قيمته التي في أصفهان وكما يعتبر مكان العقد يعتبر زمنه أيضاً كما يفهم مما قدناه في مسألة الكساد والرخس فلا يعتبر زمن الإبقاء؛ لأن القيمة فيه مجهولة وقت العقد وفي البحر عن شرح المجمع أو باعه إلى أجل معين وشرط أن يعطيه المشتري أي نقد بروج يومئذ كان البيع فاسداً (قوله كذهب شربني وبندي) فلينها اتفاقاً في الرواج لكن مالية أحدهما أكثر فلماذا باع بمائة ذهب مثلاً، ولم يبين صفته لفسد التنازع، لأن البائع يطلب الأسمو مالية والمشتري يدفع الأقل (قوله مع الاستواء في رواجها) أما إذا اختلفت رواجا مع اختلاف ماليتها أو بدولة فيصبح، وينصرف إلى الأروج وكلاهما يصح لو استوفت مالية ورواجاً، لكن يخبر المشتري بين أن يؤدي أيهما شاء .

والحاصل: أن المسألة رباعية وأن الفساد في صورة واحدة: وهي الاختلاف في المالية فقط، والصحة في الثلاث الباقية كما بسطه في البحر، ومثل في الهداية مسألة الاسواء في المالية والرواج والثلاثي، واعترضه الصراح بأن مالية الثلاثة أكثر من الإثنين وأجاب في البحر، بأن المراد بالثلاثي ما قطعان منه بدهم وبالثلاثي ما لا يقطع منه بدهم :

مطلب مهم في حكم الشراء بالقروش في زماننا

قلت : وحاصله : أنه إذا اشترى بدينهم فله دفع درهم كامل أو دفع درهم مكسر قطعين ، أو ثلاثة حيث تساوى الكل في المالية والرواج ومثله في زماننا الذهب يكون كاملاً ونصفين وأربعة أرباع وكلها سواء في المالية والرواج ، بل ذكر في القنية في باب المتعارف بين التجار كالمشروط برزعت باع شيئاً بعشرة دنانير واستقرت العادة في ذلك البلد أنهم يعطون كل خمسة أسداس ، مكان الدينار ، واشتهرت بينهم فالتعد بنصرف إلى متعارفه . الناس فيها بينهم في تلك التجارة ، ثم رمز فك جرت العادة فيها بين أهل خوارزم ، أنهم يشترون سلعة بدينار ثم يتقلون ثلثي دينار بمحمودية أو ثلثي دينار وطسوج نيسابورية قال : يجري على المواضع ولان في الزيادة ديناً عليهم اه ومثله في البحر عن التارخانية ، ومنه يعلم حكم ما نعرف في زماننا من الشراء بالقروش ، فإن قرش في الأصل قطعة مضروبة من الفضة تقوم بأربعين قطعة من القطع المصرية المساة في مصر نصفاً ثم إن أنواع العملة المضروبة تقوم بالقروش ، فيها ميساوي عشرة قروش ، ومنها أقل ومنها أكثر ، فإذا اشترى بمائة قرش فالحدة أنه يدفع بأراد إيمان القروش ، أو ميساويها من بقية أنواع العملة من ريال أو ذهب ، ولا يفهم أحد أن شراء وقع بنفس القطعة المساة قرشاً ، بل هي أو ميساويها من أنواع العملة المتساوية في الرواج المختلفة في المالية ، ولا يرد أن صورة الاختلاف في المالية مع التساوي في الرواج : هي صورة الفساد من الصور الأربع ، لأنه قد حصل اختلاف مالية الثمن حيث قدر بالقروش ، وإنما يحصل الاختلاف إذا لم يقدر بها كما لو اشترى بمائة ذهب وكان الذهب أنواعاً كلها راجحة ، مع اختلاف ماليها ، فقد صار التقدير بالقروش في حكم ما إذا استوت في المالية ولو راج وقد مر أن المشتري يجبر في دفع أيهما شاء قال في البحر : فلو طلب البائع أحدهما للمشتري دفع غيره لأن امتناع البائع مع قبول مادفه المشتري ولا فضل تعتد اه بقي هنا شيء وهو أنا قلنا أنه على قول أبي يوسف المتفق به : لا فرق بين الكساد والانقطاع والرخس والغلاء في أنه يجب قيمتها يوم وقع البيع أو القرض إذا كانت فائداً أو غالباً الغش ، وإن كان قضية خالصة أو مغلوقة الغش يجب قيمتها من الذهب ، يوم البيع على ما قاله الشارح ، أو مثلاً على ما يحسنه وهذا إذا اشترى بالريال أو الذهب ، مما يرد نفسه ، أما إذا اشترى بالقروش المراد به ما يعم الكل كما قررناه ، ثم رخص بعض أنواع العملة أو كلها : واختلفت في الرخص ، كما وقع مراراً في زماننا ففيه اشتباه فلما إذا كانت غالبية الغش ، قلنا يجب قيمتها يوم البيع ، فهذا لا يمكن ذلك لأنه ليس المراد بالقروش نوع معين (١) فلما إذا كانت غالبية الغش ، وقلنا يجب قيمتها يوم البيع ، فهذا لا يمكن نوع منها كما كان الخيار له قبل أن ترخص من العملة حتى توجب قيمته وإذا قلنا إن الخيار للمشتري في تعيين نوع منها كما كان الخيار له قبل أن ترخص ، فإنه كان غيراً في دفع أي نوع أراد فابقاء الخيار له بعد الرخص يؤدي إلى النزاع والضرر فإن خياره قبل الرخص لا ضرر فيه على البائع ، أما بعده ففيه ضرر ، لأن المشتري ينظر إلى الأنفع له والأضرر على البائع فيختاره ، فإن ما كان يساوي عشرة إذا صار نوع منه بثمانية ونوع منه بثمانية ونصف ، يختار ما صار بثمانية فيدفعه للبائع ، ويحسبه عليه بعشرة كما كان يوم البيع ، وهذا في الحقيقة دفع مثل ما كان يوم البيع لا قيمته ، لأن قيمة كل نوع تعتبر بغيره ، فحيث لم يمكن دفع القيمة لما قلنا ولزم من إبقاء الخيار للمشتري ، لزوم الضرر (٢) للبائع حصل الاشتباه

(١) قوله نوع معين (هكذا بخطه وصداقه نوفاً معينا بالنصب لأنه خبر ليس اه مصححه .

(٢) قوله لزوم الضرر الأول خلاف قوله لزوم كلاً لا يخلو اه مصححه .

إلا إذا بين) في المجلس لزوال الجهالة (وصح بيع الطعام) هو في عرف المتقدمين اسم للحنطة ودقيقها (كيلا وجزافا) مثلث الجيم م ب كزاف المجازفة (إذا كان بخلاف جنسه ولم يكن رأس مال سلم) لشرطية معرفته كما سيجي (أو كان بجنسه وهو دون نصف صاع) إذ لا رابا فيه كما سيجي (و) من المجازفة البيع (بإباء وحجر لا يعرف قدره) قيد فيها وللمشتري الخيار فيها نهر وهذا (إذا لم يحتمل) الإناء (النقصان و) الحجر (التفتت) فإن أحملهما لم يجوز

في حكم المسألة كما قلنا ، والتي حررت في رسالتى : تنبيه الرقود أنه ينبغي أن يؤمر المشتري بدفع المتوسط رخصا لا بالأكثر رخصا ولا بالأقل ، حتى لا يلزم اختصاص الضرر به ، ولا بالبايع لكن هذا إذا حصل الرخص لجميع أنواع العملة ، أما لو بقي منها نوع على حاله ، فينبغي أن يقال بالزام المشتري الدفع منه لأن اختياره دفع غيره يكون نعتا بقصده إضرار البايع مع إمكان غيره ، بخلاف ما إذا لم يمكن بأن حصل الرخص للجميع ، فهذا غاية ما طهرت في هذه المسألة والله سبحانه أعلم (قوله إلا إذا بين في المجلس) قال في البحر : فإذا ارتفعت براءة ببيان أحدهما في المجلس ، ورضى الآخر صح لا ارتفاع المفسد قبل تفرقه فصار كالبیان المقارن (قوله هو في عرف المتقدمين الخ) كذا قاله في الفتح : واستدل له بحديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام ، أو صاعا من شعير ، لكن قال في البحر : وفي المصباح الطعام عند أهل الحجاز البر خاصة ، وفي لفظ اسم لما يؤكل مثل الشراب اسم لما يشرب وجميع أطعمته اه والمراد به في كلام المصنف أجرب كاه لا البر وحده ولا كل ما يؤكل بقرينة قوله كيلا وجزافا اه (قوله كيلا وجزافا) منصوبان على الحال لا هما بمعنى اسم الفاعل ، أو المفعول فافهم (قوله مثلث الجيم الخ) أى يجوز في جميع الحركات الثلاث في إتيان الجراف ، والجزافة مثلثين ، والمجازفة الحذف في البيع والشراء معرب كزاف اه والحذف الظن والتخمين .

حاصله ما في المغرب : من أنه البيع والشراء بلا كيل ولا وزن ونقل ط أن شرط جوازه أن يكون مبرا مشارا إليه (قوله إذا كان بخلاف جنسه) أما بجنسه فلا يجوز مجازفة ، لاحتمال التفاضل إلا إذا ظهر تساويهما في المجلس بجر حتى لو لم يحتمل التفاضل ، كأن باع كفة ميزان من فضة بكفة منها جاز وإن كان مجازفة كما في الفتح ، والمجازفة فيه بسبب أنه لا يعرف قدرها (قوله لشرطية معرفته) لاحتمال أن يشترط السلم فيريد المسلم إليه دفع ما أخذ ، ولا يعرف ذلك إلا بمعرفة القدر (قوله ومن المجازفة البيع الخ) صرح بأنه من المجازفة ، مع أن ظاهر المتن أنه ليس منها بقرينة العطف ، والأصل فيه المغايرة لأنه على صورة الكيل والوزن وليس به حقيقة أغاده في النهر (قوله وللمشتري الخيار فيها) أفاد أن البيع جائز غير لازم وهذا الخيار غير كشف الحال بجر. وفي رواية : لا يجوز البيع والأول أصح ، وأظهر كما في الهداية وأول في الفتح قوله : لا يجوز بأنه لا يلزم توفيقا بين الروايتين أى فلا حاجة إلى التصحيح ، لارتفاع الخلاف ، فاعتراض البحر عليه بأنه خلاف ظاهر الهداية غير ظاهر ، وفي البحر عن السراج ويشترط لبقاء عقد البيع على الصحة بقاء الإناء والحجر على حالهما فلو تلفا قبل التسليم فسد البيع ، لأنه لا يلزم مبلغ ما باعه منه اه (قوله وهذا إذا لم يحتمل الإناء النقصان) بأن لا ينكس ولا ينقبض كأن يكون من خشب أو حديد أما إذا كان كالزئبق والجوانق فلا يجوز إلا في قرب الماء استحسانا للعامل نهر (قوله والحجر التفتت) هذا مروى عن أبي يوسف حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها ، لأنها تنقص بالجفاف وحول بعضهم على ذلك ، وليس بشئ فإن البيع بوزن حجر بعينه لا يصح إلا بشرط تعجيل التسليم ، ولا جفاف يوجب نقصاناً في ذلك الزمان ،

کبیعه قدر مایعلاً هذا البيت ولو قدر مایعلاً هذا الطشت جاز سراج (و) صح (فی) مسمى (صاع فی بیع صبرة کل صاع بكذا) مع الخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه ، ويسمى خيار التکشف (و) صح (فی الکل إن) کیلت فی المجلس لزوال المفسد قبل تفرقه أو (سمی جملة قفزانها)

وما قد یعرض من تأخره یوماً أو یومین منوع بل لا یجوز ذلك كما لا یجوز فی السلم ، وکل العبارات تفید تقييد صحة البيع فی ذلك بالتعجيل ، وتماهه فی الفتح قال فی البحر وهو حسن جدا وقواء فی النهر أیضاً (قوله کبیعه الخ) عبر فی الفتح وغیره بقوله وعن أبی جعفر باعه من هذه الحنطة قدر مایعلاً الطشت جاز ولو باعه قدر مایعلاً هذا البيت لا یجوز اه (قوله وصح فیها سمی) أشار به إلى أن الصاع لیس بقیید حتى لو قال کل صاعین أو کل عشرة بدرهم صح فی اثین أو عشرة ، وعلى هذا فقول المتن صاع بدل من مایعلاً بدل بعض من کل وفیه من الحرازة مالا یغنی اه ح (قوله فی بیع صبرة) هی الطعام المجدوع سمیت بذلك لافراغ بعضها على بعض ومنه قیل للسحاب فوق السحاب صبر قاله الأزهری ، وأراد صبرة مشاراً إليها كما سیأتی ، ولست قیداً بل کل مکیل أو موزون أو محدود من جنس واحد ، إذا لم یختلف قیمته كذلك نهر وقید بصبرة احترازاً عن صبرین من جنسین ، كما فی النهر وقال فی شرحه الدرر : أی لا یصح البيع عنده فی القدر المسمى إذا بیع صبرتان من جنسین کصبرتی جر وشعیر کل قفیز أو قفیزین بكذا حیث لم یصح البيع عنده فی قفیز واحد لتفاوت الصبرین ، وعندهما یصح فیهما أیضاً ودکر فی المحیط والإیضاح أن العقد یصح على قفیز واحد ، نهما اه وقوله : یصح أی عنده كما فی الکفی وقوله : نهما أی من الصبرین من جنسین أی من کل واحدة نصف قفیز كما نه علیه شراح الهدایة عزیمه (قوله کل صاع بكذا) قیل یمیز کل بدل من صبرة ، وقیل مبتدأ وخبر والجملة صفة صبرة اه أی على تقدير القول أی مقول فیها کل صرع بكذا یمتثل كون الجملة صفة لبيع وكونها فی محل نصب على الحال باضمار القول أیضاً (قوله مع الخيار للمشتري) أی دون البائع نهر . وفی البحر : ولم یذكر المصنف الخيار على قول الإمام ، قالوا وله الخيار فی الواحد كما إذا رآه ولم یکن رآه وقت البيع ، ثم نقل عن غایة البیان أن لكل منهما الخيار قبل التکیل ، وذلك لأن الجاهل قائم أو لتفرق الصفقة ثم قال : وصرح فی البدائع بلزوم البيع فی الواحد ، وهذا هو الظاهر وعندهما البيع فی الکل لازم ولا خيار اه (قوله لتفرق الصفقة علیه) استشكل على قول الإمام ، لأنه قائل بانصرافه إلى الواحد ، فلا تفریق وأجاب فی المعراج بأن انصرافه إلى الواحد مجتهد فیهِ ، والعوام لا علم لهم بالمسائل الاجتهادية ، فلا ینزل عالماً فلا یكون راضياً كذا فی الفوائد الظهیریة وفیه نوع تأمل اه بحر . ولعل وجه التأمل أنه یلزم علیه أن من علم أن العقد منصرف إلى الواحد لم یثبت له الخيار لعدم تفرق الصفقة علیه ، مع أن کلامهم شامل للعالم وغیره ومن هذا كان الظاهر ما مر عن البدائع من لزوم البيع فی الواحد (قوله ويسمى خيار التکشف) أی تکشف الحال بالصحة فی واحد ، وهو من الإضافة إلى السبب ط (قوله إن کیلت فی المجلس) وله الخيار أیضاً كما فی الفتح والتبيين والنهر (قوله لزوال المفسد) وهو جهالة المبیع والنهی (قوله قبل تفرقه) أی قبل ثبوته بانقضاء المجلس ط (قوله أو سمی جملة قفزانها) وكذا لو سمی ثمنه الجميع ولم یبین جملة الصبرة ، كما لو قال بعثت هذه الصبرة بمائة درهم کل قفیز بدرهم ، فإنه یجوز فی الجميع اتفاقاً بحر :

والخاص : أنه إن لم یسم جملة المبیع وجملة الثمن صح فی واحد ، وإن سمی أحدهما صح فی الکل كما أوسمى الکل ویأتی بیان ما لو ظهر المبیع أزید أو أنقص ، ویقی ما إذا باع قفیزاً مثلاً من الصبرة والظاهر أنه یصح بلا خلاف للعلم بالمبیع ، فهو کبیع الصبرة کل قفیز بكذا إذا سمی جملة قفزانها ولذا أفنی فی الخبریة بصحة المبیع بلا ذکر خلاف

بلا خيار لو عند العقد وبه لو بعده في المجلس أو بعده عندهما به يفتى فإن رضى هل يلزم البيع بلا رضا البائع ؟
الظاهر نعم نهر (وفسد في الكل في بيع ثلة) يفتح فتشديد قطع الغنم (وثوب كل شاة أو ذراع) لف ولشر
(بكذا) وإن علم عدد الغنم في المجلس ، لم يتقلب صحيحا عنده على الأصح ولو رضىها انعقد بالتعاطى

حيث سئل فيمن اشترى غرائر معلومة من صبرة كثيرة ، فأجاب : بأنه يصح ، ويلزم ولا جهالة مع تسمية الغرائر اه
(قوله بلا خيار لو عند العقد) صرح به ابن كمال والظاهر أن التسمية قبل العقد في مجلسه كذلك (قوله وبه لو بعده البيع)
الضمير الأول للخيار والثاني للعقد قال ح : أى وصح في الكل بالخيار للمشتري لو سمي جملة ففزانها بعد العقد في المجلس
(قوله أو بعده) أى بعد المجلس (قوله عندهما) راجع لقوله أو بعده لكن لا خيار للمشتري في هذه الصورة عندهما
خلافًا لما تقتضيه عبارته أفاده ح :

قلت : فكان الأصوب أن يقول لا بعده وصح عندهما عبارة الملتقى مع شرحه لا يصح لو زالت الجهالة بأحدهما
بعد ذلك أى المجلس لتقرر الفساد وقال لا يصح مطلقا اه . ولا يخفى أن عدم الصحة عنده إنما هو فما زاد على صاع ،
أما فيه فالصحة ثابتة وإن لم توجد تسمية أصلا كما تنفيده عبارة المتن (قوله وبه يفتى) عزاه في الشرر لبلالية إلى البرهان
وفي النهر عن عيون المذاهب وبه يفتى ، لا لضعف دليل الإمام بل تيسيرا اه وفي البحر : وظاهر الهداية ترجيح قولها
لأخبره دليلهما كما هو عاداته اه :

قلت : لكن رجح في الفتح قوله وقوى دليله على دليلهما ، ونقل ترجيعه أيضا العلامة قاسم عن الكافي
واعبوي ، والنسفي ، وصدر الشريعة ولعله من حيث قوة الدليل فلا ينافي ترجيح قولها من حيث التيسير ثم رأيت
في شرح الملتقى أماد ذلك وظاهره ترجيح التيسير على قوة الدليل (قوله فإن رضى) تفريع على قوله وبه لو بعده في المجلس
(قوله الظاهر نعم) هو رواية محمد عن الإمام استظهرها في النهر على رواية أبي يوسف عنه أنه لا يجوز إلا بتراهيها
(قوله وفسد في الكل) أى عنده خلافها لأن الأفراد ، إذا كانت مضادة لم يصح في شيء بحر أى لا في واحد
ولا في أكثر ، بخلاف مسألة الصبرة ومياني ترجيح قولها وهذا شروع في حكم القيميات بعد بيان حكم المنليات كالصبرة
ونحوها من كل مكبل وموزون (قوله بفتح) أى يفتح الثاء المثلثة أما بقسمها ، فالكثير من الناس أومن الدراهم وبكسرها
المسككة كما في القاموس (قوله وثوب) أى يضره التبعض أما في الكرباس ، فينبغي جوازها في ذراع واحد كافي الطعام
الواحد بحر عن غاية البيان :

قلت : ووجه ظاهر فإن الكرباس في العادة لا يخطف ذراع منه عن ذراع ، ولذا فرض القهستاني المسألة فيها بخلاف
في القيمة وقال : فإن للذراع من مقدم البيت أو الثوب أكثر قيمة من مؤخره اه فأفاد أن ما لا يخطف مقدمه ومؤخره
فهو كالصبرة (قوله كل شاة) أما لو قال شاتين بعشرين ، وسمى الجملة مائة مثلا كان باطلا إجماعا وإن وجده
كما سمي ، لأن كل شاة لا يعرف عنها إلا بإضمار غيرها إليها قاله الحدادي ، وفي النهاية ولو كان ذلك في مكبل أو موزون
أو عددي متقارب جاز نهر (قوله وإن علم) أى بعد العقد كما يفيد ما يأتي (قوله ولو رضى البائع) في السراج
قال الحلواني : الأصح أن عند أبي حنيفة إذا أحاط علمه بعدد الأغنام في المجلس ، لا يتقلب صحيحا لكن لو كان البائع
على رضاه ورضى المشتري يتعقد البيع بينهما بالتراضي ، كذا في الفوائد الظهيرية وتظهير البيع بالرقم اه بحر :
وفي المنهجي ولو اشترى عشر شياه من مائة شاة أو عشر بطيخات من قر ، فالبيع باطل ، وكذا الرمان ولو عزلهما
البائع وقبلها لمشتري جاز استحسانا والعزل والقبول بمنزلة إيجاب وقبول اه ومثله في التارخانة وغيرها قال الخبير
الرملي : وفيه نوع إشكال وهو أنه تقدم أن التعاطى بعد عقد فاسد لا يتعقد به البيع اه وانظر ما قدمناه من الجواب
عند الكلام على بيع التعاطى :

وفليزه البيع بالرقم سراج (وكذا) الحكم (في كل معدود متفاوت) كليل وعبيد وبطيخ وكذا كل ما في تجريره ضرر كصوغ أو ان بدائع ولو سمي عدد الغنم أو الدرع أو حلة الثمن صح اتفاقا ، وانضابط لكلمة كل أن الأفراد إن لم تعلم نهايتها فإن لم تؤد للجهالة فلا يستغرق كيمين وتعايق وإلا فإن لم تعلم في المجلس فعل الواحد اتفاقا كلجارة وكفالة

مطلب البيع بالرقم

(قوله ونظيره البيع بالرقم) يسكون القاف علامة يعرف بها مقدار ماوقع به البيع من الثمن ، فإذا لم يعلم المشتري ينظر إن علم في مجلس البيع نفذ ، وإن تفرقا قبل العلم بطل درر من باب البيع الفاسد ، وتعيبه في الشرعية بالنافذ لازم وهذا فيه اختيار بعد العلم بقدر الثمن في المجلس ، وبأن قوله : بطل غير مسلم لأنه فاسد ، يفيد الملك بالقبض وعليه قيمته بخلاف الباطل . وأجيب عن الأول بأنه ليس كل نافذ لازما فقد شاع أخذهم النافذ مقابلا للمعروف اه وفي الفتح : أن البيع بالرقم فاسد لأن الجهالة تمكنت في صلب العقد وهو جهالة الثمن (۱) . بسبب الرقم وصارت بمنزلة القمار للخطر الذي فيه أنه سيظهر كذا وكذا وجوزاه فيما إذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الجلواني اه وانظر ما قدمناه في بحث البيع بالتعاطي (قوله ولو سمي الخ) أي في صلب العقد ، فلا ينافي قوله - وإن علم عدد الغنم في المجلس الخ قال في البحر : قيد بعدم تسمية ثمن الكل لأنه لو سمي كما إذا قال بعثك هذا الثوب بعشرة دراهم ، وكل ذراع يدرهم فإنه جائز في الكل اتفاقا كما لو سمي حلة الدرعان أو القطيع اه .

مطلب الضابط في كل

(قوله والضابط لكلمة كل الخ) اعلم أنهم ذكروا فروعا في كل ظاهرها التنافي ، وإنما تارة يجعلوها مفيدة للاستغراق ، وتارة للواحد وتارة لانقيد شيئا منهما فافتحم صاحب البحر في ذكر ضابط يحصر الفروع المذكورة بعد تصريحهم ، بأن لفظ كل لاستغراق أفراد مادخلته من المنكر وأجزائه في المعروف .

قلت : ولذا صح قولك كل رمان مأكول بخلاف قولك : كل الرمان مأكول لأن بعض أجزائه كشفه غير مأكول (قوله إن لم تعلم نهايتها) أما إن علمت فالأمر فيها واضح كما إذا قال كل زوجة لي طالق ، وله أربع زوجات مثلا فإن كلا يستغرقها اه ح أي بلا تفصيل (قوله فإن لم تؤد للجهالة) أي المقتضية إلى المنازعة والأولى قوله البحر : فإن لم تنقض الجهالة إلى منازعة (قوله كيمين وتعليق) عطف تفسير وعبارة البحر كسألة التعليق والأمر بالدفع عنه وذكر قبله مسألة التعليق وقال : إنها للكل اتفاقا كما إذا قال كل امرأة أتزوجها ، أو كلما اشتريت هذا الثوب أو ثوبا فهو صدقة أو كلما ركبته هذه الدابة أو دابة ، وفرق أبو يوسف بين المنكر والمعين في الكل وتاممه في الزيلعي من التعليق وفي الخاتبة كلما أكلت اللحم ، فعلى بكل لقمة درهم ، وذكر مسألة الأمر بالدفع فيها إذا أمر رجلا بأن يدفع لزوجته نفقة فقال ادفع عني كل شهر كذا فدفع المأمور أكثر من شهر لزم الأمر (قوله وإلا) أي بأن أدت للجهالة المقتضية إلى المنازعة (قوله فإن لم تعلم) أي لم يمكن علمها كما في البحر ، ففي عبارته تسامح (قوله كلجارة) صورته : آجرتك داري كل شهر بكذا صح في شهر واحد ، وكل شهر سكن أوله لزمه (قوله وكفالة) صورته : إذا ضمن لها نفقتها كل شهر أو كل يوم ، لزمه نفقة واحدة عند الإمام ،

(۱) (قوله وهو جهالة الثمن) هكذا بخط ولصواب ومن بالتأنيث أي الجهالة اه محسن .

وإقرار وإلا فإن تناوت الأفراد كالغنم لم يصح في شيء عنده ، والأصح في واحد عنده كالصبرة ومصحها فيها في الكل بحر : وفي النهر عن العيون والشرنبلالية عن البرهان والفهستاني عن المحيط وغيره وبقولها يفي تيسيرا (وإن باع صبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم وهي أقل أو أكثر أخذ) المشتري (الأقل بمصته) إن شاء (أو فسخ) لتغرق الصفقة وكذا كل مكيل أو موزون

خلافا لابن يوسف بحر (قوله وإقرار) صورته : إذا قال لك على كل درهم ، ولو زاد من الدراهم فقياس قول الإمام عشرة وقال ثلاثة بحر .

[تنبيه] زاد في البحر هنا قسما آخر ، وعبارته ثم رأيت بعد ذلك في آخر غصب الخانية من مسائل الإبراء لو قال : كل غريم لي فهو في حل قال ابن مقاتل لا يبرأ غرماؤه ، لأن الإبراء لإيجاب الحق للغرماء وإيجاب الحقوق لا يجوز إلا لقوم بأعوانهم ، وأما كلمة كل في باب الإباحة فقال في الخانية من ذلك الباب لو قال : كل إنسان تناول مع مالى فهو له حلال قال محمد بن مسلمة : لا يجوز وفي تناوله ضمن ، وقال أبو نصر محمد بن سلام : هو جائز نظرا إلى الإباحة ، والإباحة للمجهول جائزة ، ومحمد جعله إبراء عما تناوله والإبراء للمجهول باطل والفوى على قول أن نصر اه ويمكن أن يقال في الضابط بعد قوله فهو على الواحد اتفاقا إن لم يكن فيه إيجاب حتى لأحد إن كان لم يصح ولا في واحد كسألة الإبراء اه كلام البحر (قوله وإلا) أى بأن علمت في المجلس والمراد أمكن علمها فيه كما قدمناه عن البحر في قوله : فإن لم تعلم وحفظ فلا يرد أن الغنم إن علمت في صلب العقد صح في الكل وإن الصبرة إن علمت في المجلس صح في الكل أيضا فافهم (قوله كالغنم) أدخلت الكاف كل معدود ، متفاوت ط (قوله وإلا) بأن لم يتفاوت (قوله ومصحها فيها في الكل) أى ومصح الصاحبان العقد في الثلثة والصبرة في كل الغنم وكل الأفضة اه ح : أى سواء علم في المجلس أولا ، والأولى إرجاع ضمير فيها إلى المثل والقبضى ، ليشمل المذروع وكل معدود ، متفاوت ، وعبرة مواهب الرحمن هكذا ويبيع صبرة مجهولة القدر كل صاع بدرهم وثلاثة أو ثوب كل شاة أو ذراع بدرهم مصحح في واحدة في الأولى فاسد في كل الثانية والثالثة وأجازه في الكل كما لو علم في المجلس بكل

أقول : وبه يفي اه وعبرة الفهستاني ، وهذا كانه : وأما عندها نفذ في الكل في صورتين : أى ضرورتى المثل والقبضى بلا خيار للمشتري إن رآه وعلبه الفوى كما في المحيط وغيره اه (قوله وإن باع صبرة الخ) قيل هذا مقابل قوله وفي صاع في بيع صبرة .

قلت : وفيه نظر بل مقابلة قوله وصح في الكل إن دعى جلة ففزانها وما هنا بيان لذلك المقابل وتفصيل له فافهم (قوله على أنها مائة قفيز) قيد بكونه بيع مكايلة لأنه لو اشترى حنطة مجازة في البيت ، فوجد تحتها كنانا غير بين أخذها بكل الثمن ، وتركها وكذا لو اشترى ثبرا من حنطة ، على أنها كذا وكذا ذراعا ، فإذا هى أقل ، وإذا كان طعاما في حب فإذا نصفه تبين يأخذه بنصف الثمن . لأن الحب وعاء يكال فيه فصار المبيع حنطة مقدرة والبيت والبئر لا يكال بهما وشل ما إذا كان المسعى مشروطا بفلفظ أو بالعادة ، لما في البرازية اتفاق أهل بلدة على سعر الخبز والدم ، وشاع على وجه لا يتفاوت فاعطى رجل ثمنا واشترى وأعطاه أقل من المتعارف إن من أهل البادية يرجع بالنقصان فيهما من الثمن ، وإلا رجع في الخبز لأنه فيه متعارف ، فيلزم الكل لا في اللحم فلا يعم اه بحر (قوله أخذ الأقل بمصته أو فسخ) أطلق في تخييره عند التقاض في المثل ، وذكر له في البحر قيدان الأول عدم قبضه كل المبيع أو بعضه فإن قبض الكل لا يجبر كما في الخالية ، يعنى بل يرجع في التقصان ، والثاني عدم كونه شاهدا له

ليس في تبعضه ضرر (وما زاد للبائع) لوقوع العقد على قدر معين (وإن باع المذروع مثله) على أنه مائة ذراع مثلا (أخذ) المشتري (الأقل بكل الثمن أو ترك)

لما في الخالية اشترى سويقا على أن البائع لته بمن من السمن وتقابضا والمشتري ينظر إليه فظهر أنه لته بصرف ، من جاز البيع ولاخيار للمشتري لأن هذا ما يعرف بالعيان ، فإذا عاينه اتفق الغرر كما لو اشترى صابونا على أنه متخذ من كذا جرة من الدهن فظهر أنه متخذ من أقل ، والمشتري ينظر إلى الصابون وقت الشراء ، وكذا لو اشترى قيصا على أنه متخذ من عشرة أذرع ، وهو ينظر إليه فإذا هو من تسعة جاز البيع ولا خيار للمشتري اه ؛ واعترض في التهر الأول بأن الموجب للتخيير إنما هو تفريق الصفقة ، وهذا القدر ثابت فيها لو وجد بعد القبض ناقصا إلا أن يقال إنه بالقبض صار راضيا بذلك فتدبره اه ؛

قلت : هذا ظاهر إذا علم بتبعضه قبل القبض ، وإلا فلا يكون راضيا فينبغي التفصيل تأمل . واعترض في التهر أيضا الثاني ، بأن الكلام في مبيع ينقسم أجزاء الثمن فيه على أجزاء المبيع وما في الخالية ليس متلفصا بهم ، بأن السويق قيمى لما بين السويقين من التفاوت الفاحش بسبب القلى ، وكذا الصابون كما في جامع الفصولين ؛ وأما الثوب فظاهر وعلى هذا ، فإسباتى من أنه يغير في نقص القيمى بين أخذه بكل الثمن ، أو تركه مقبدا بما إذا لم يكن مشاهدا فتدبره اه ؛

قلت : ويبنى أن يكون هذا فيما يمكن معرفة نقصان فيه بمجرد المشاهدة ، وذلك إنما يظهر فيما يفحص نقصانه فإذا شاهده يكون راضيا به ، ثم إن الظاهر من كلام الخالية أنه عند المعاينة يلزم البيع بكل الثمن ، بلا خيار وكلاهما في التخيير بين الفسخ وأخذ الأقل بحصته لا بكل الثمن ، فلذا جعل في التهر عدم المشاهدة قيدا في القيمى ، لا في المثل أى أنه في القيمى يأخذ الأقل بكل الثمن بلا خيار إذا كان مشاهدا وعن هذا لم يذكره الشارح هنا بل في القيمى (قوله ليس في تبعضه ضرر) يخرج ما في تبعضه ضرر لما في الخالية لوباع لزاوة على أنها وزن مثقالا فوجدتها أكثر مائة للمشتري لأن الوزن فيها بضره التبعض وصف بمنزلة الدرعا في الثوب اه وفيها القول للمشتري في النقصان ، وإن وزنه له البائع ما لم يقر بأنه قبض منه المقدار اه تهر (قوله وما زاد للبائع) راجع إلى قوله أو أكثر قال في التهر وقيد الزاهدى بما لا يدخل تحت الكيلين ، أو الوزنين أما ما يدخل ، فلا يجب رده واختلاف في قدره فقبل نصف درهم في مائة وقبل دانتى في مائة لأحكامه وعن أبي يوسف دانتى في عشرة كثير وقبل مادون حبة عفو في الدينار وفي القهيز المعتاد في زماننا نصف من اه ؛

مطلب المتبر ما وقع عليه العقد وإن ظن البائع أو المشتري أنه أقل أو أكثر

(قوله على قدر معين) فإزاد عليه لا يدخل في العقد فيكون للبائع بخر ومفاده : أن المتبر ما وقع عليه العقد من العدد ، وإن كان ظن البائع أو المشتري أنه أقل أو أكثر ولذا قال في الفتية : هذا الكواغد فظنها أربعة وعشرين وأخبر البائع به ثم أضاف العقد إلى عينها ولم يذكر العدد ثم زادت على ما ظنه فهى حلال للمشتري ؛
ساومه الخطئة كل قفيز بثمان معين وحاسبوا فبلغ صماتة درهم فغلطوا ، وحاسبوا المشتري بخمسمائة ، وباعوا هامة بخمسمائة ثم ظهر أن فيها غلطا لا يلزمه إلا خمسمائة ؛

أفرز القصاب أربع شياء فقال بالاعها هى بخمسة كل واحدة بدينار وربع ، فجاء القصاب بأربعة دنانير فقال : هل يمت هذه بهذا القدر والبائع يعتقد أنها خمسة صح البيع قال : وهذا إشارة إلى أنه لا يعتبر ما سبق أن كل واحدة بدينار وربع اه وأقره في البحر (قوله وإن باع المذروع) كثوب وأرض درهمتى (قوله على أنه مائة ذراع)

إلا إذا قبض المبيع أو شاهده فلا خيار له لانتفاء الخور نهو (مو) أخذ (الأكثر بلا خيار للبائع) لأن الدرغ وصف لتعبه بالتعبض ضد القدر والوصف لا يقابله شيء من الثمن إلا إذا كان مقصوداً بالتناول كما أفاده بقوله (وإن قال) في بيع المدروع (كل ذراع بدرهم أخذ الأقل بحصته) بصيرورته أصلاً بإفراده بذكر الثمن (أو ترك) لتفريق الصنفه (وكذا) أخذ (الأكثر كل ذراع بدرهم أو فسخ) لدفع ضرر التزام الزائد (وقد بيع عشرة أذرع من مائة ذراع

بيان للمثلية والأول أن يزيد بمائة درهم لثم المائلة (قوله إلا إذا قبض المبيع أو شاهده الخ) قد معنا قريباً أن صاحب البحر ذكر ذلك في بيع المثل كالصبرة إذا ظهر المبيع ناقصاً وأنه في النهر بحث في الأول بأنه لا فرق بين ما قبل قبض أو بعده ، وفي الثاني بأنه سلم في نقص القبي دون المثل فلذا ذكر الشارح ذلك في المدروع لأنه قبي ، وترك ذكره في المثل وكأنه لم يعتبر بجمعه في النهر في الأول ، وهو اعتبار القبض ، وقد معنا أنه ينبغي التفصيل ، وأن سقوط الخيار بالمشاهدة ينبغي أن يكون فيما يترك نقصانه بالمشاهدة (قوله وأخذ الأكثر) أي قضاء وهل تحمل له الزيادة دية فيه خلاف نقله في البحر عن المراج .

قالت : وظاهر إطلاق المتن اختيار الحل وفي البحر ، عن الغدة لو اشترى حطباً على أنه عشرون وقرا فرجده ثلاثين طابت له الزيادة كما في الدرعان قال في البحر : وهو مشكل وينبغي أن يكون من قبيل القدر ، لكن لا يطالب بالتعبض بالتعبض ، فينبغي أن تكون الزيادة للبائع خصوصاً إن كان من الطرفاء التي تعرف وزنها بالفاخرة اهـ (قوله لأن الدرغ وصف الخ) بيان لوجه الفرق بين القدر في المثليات من مكيل وموزون ، وبين الدرغ في المثليات حيث هو القدر أصلاً والدرغ وصفاً وبنا على ذلك أحكاماً منها ما ذكره هنا من مسألة بيع الصبرة على أنها مائة فنيز بمائة وبيع المدروع كذلك ، وقد اختلفوا في وجه الفرق ، على أقوال : منها ما ذكره الشارح هنا وكذا في شرحه على المتن حيث قال قلت : وإنما كان الدرغ وصفاً دون المقدار ، لأن التشقيص يضر الأول دون الثاني ، قالوا مانعاً بالتشقيص والزيادة والتقصان وصفوماً ليس كذلك أصل ، وكل ما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء من الثمن الخ (قوله إلا إذا كان مقصوداً بالتناول) أي تناول المبيع له كأنه جعل كل ذراع مبيعاً ط (قوله لصيرورته) أي الدرغ أصلاً أي مقصوداً كالقدر في المثليات (قوله بإفراده) الباء للمبينة (قوله كل ذراع بدرهم) نصب كل حال من الأكثر لتأويله بالمشق أي مدروعا كل ذراع بدرهم (قوله أو فسخ) حاصله : أن له الخيار في الوحيين أما في نقصان فلتفريق الصنفه ، وأما في الزيادة فللدفع ضرر التزام الزائد من الثمن ، وهو قول الإمام وهو الأصح وقيل : الخيار فيها تفاوت جوانبه كالقميص والسر اويل ، وأما فيها لانتفاوت كالسكراس فلا يأخذ الزائد لأنه في معنى المكيل كذا في شرح المتن ط . وقد معنا وجه كونه في معنى المكيل ، وأنه جزم به في البحر عن غابة البيان وبأن أيضاً وكذا يأتي في كلام المصنف ما إذا كانت الزيادة أو التقصان بنصف ذراع ، ففيه تفصيل ، وفيه خلاف .

[نذيه] قال في الدرر إنما قال في الأول : أو ترك وقال هنا : أو فسخ لأن البيع لما كان ناقصاً في الأول ، لم يوجد المبيع فلم يعتمد البيع حقيقة وكان أخذ الأقل بالأقل كالبيع بالتعاطي ، وفي الثانية وجد المبيع مع زيادة هي تابعة في الحقيقة فقدر اهـ (قوله من مائة ذراع) قيد به وإن كان فاسداً عنده بين جملة ذراعها ، أولاً لدفع قول الخصاف إن عمل الفساد عنده فيها إذا لم يسم جملة ، فإنه ليس بصحيح ، وليصح قوله لا مهم فإنه لو لم يبين جملة السهام كان فاسداً اتفاقاً ، وحينئذ يكون الفساد ، فيها إذا لم يبين جملة الدرعان مفهوم أولوي أفاده

من دار) أو حمام وصحاه وإن لم يسم جهلتها على الصحيح لأن إزالتهما بيدهما (لا) يفسد بيع عشرة (أسهم) من مائة سهم اتفاقا لشيوخ السهم لا الذراع بقى لو تراضيا على تعيين الأذرع في مكان لم أره وينبغي انقلابه صحيحا لو في المجلس ولو بعده فيبيع بالتعاطي نهر (اشترى عددا من قيمي) ثيابا أو غنا جوهره (على أنه كذا نقص أو زاد فسد) للجهالة ولو اشترى أرضا على أن فيها كذا نخلا مشرا فإذا واحدة فيها لا تفسد بجر (كما لو باع عدلا) من الثياب (أو غنا واستثنى واحدا بغير عينه) فسد (ولو بعينه جاز) البيع خاتية (ولو بين ثمن كل من القيمي) بأن قال كل ثوب منه يكلا

في البحر (قوله من دار أو حمام) أشار إلى أنه لا فرق بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها (قوله وصحاه الخ) ذكر في غاية البيان نقلا عن الصدر الشهيد ، والإمام العتباتي أن قولها ، بجواز البيع إذا كانت الدار مائة ذراع ، وبفهم هذا من تعليلهما أيضا حيث قال : لأن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم من مائة سهم ، وله أن البيع وقع على قدر معين من الدار لا على شائع ، لأن الذراع في الأصل اسم لشبهة يذرع بها واستعمل هنا لما يحمله ، وهو معين لماشاع لأن الشائع لا يتصور أن يذرع ، فإذا أريد به ما يحمله ، وهو معين لكنه مجهول الموضع بطل العقد دور .

قلت : ووجه كون الموضع مجهولا أنه لم يبين أنه من مقدم الدار ، أو من مؤخرها وحواتها تتفاوت قيمة فكان المعقود عليه مجهولا جهالة مقضية إلى النزاع ، فيفسد كبيع بيت من بيوت الدار كذا في السكاكي عزيمة (قوله على الصحيح الخ) حاصله : أنه إذا سمي جلة الذراعان صح ، وإلا فليل لا يجوز عددها للجهالة ولصحيح الجواز عندهما ، لأنها جهالة بيدهما أي المتبايعين إزالتهما بأن تقاس كلها فيعلم نسبة العشرة منها فيعلم المبيع فتح (قوله لشيوخ السهم) لأن السهم اسم للجزء الشائع ، فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم كما في الفتح أي فهو كبيع عشرة قراربط مثلا من أربعة وعشرين ، فإنه شائع في كل جزء من أجزاء الدار بخلاف الذراع كما مر (قوله فيبيع بالتعاطي) بناء على أنه لا يلزم في صحته مشاركة العقد الأول ، وقدما الكلام عليه (قوله اشترى عددا) أي معدودا وقوله : من قيمي بيان له واحترز به عن المثل كالصبرة وقد مر حكمها وبالعددي عن المدروع ومر حكمه أيضا فما قيل إن الأولى أن يقول اشترى قيميا على أنه كذا لأن كذا عبارة عن العدد مدفوع فافهم (قوله على أنه كذا) بأن قال : بعتك ما في هذا العدل ، على أنه عشرة أثواب بمائة درهم نهر ، وفسر اشترى في كلام الكنز بالبيع فلذا صور به وهو غير لازم (قوله للجهالة) أي جهالة الثمن في نقصان ، لأنه لا ينقسم أجزاءه ، على أجزاء المبيع القيمي ، فلم يعلم للثوب الناقص حصة معلومة من الثمن المسمى ، لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا ، فيصير الثمن مجهولا وجهالة المبيع في فصل الزيادة لأنه يحتاج إلى رد الزائد فيقاربان في المردود نهر (قوله مشرا) قيد به لأنه لو باع أرضا على أن فيها كذا نخلة ، فوجدها المشتري ناقصة جاز البيع ، ويغير المشتري إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك ، لأن الشجر يدخل في بيع الأرض تبعا ، ولا يكون له قسط من الثمن وكذا لو باع دارا على أن فيها كذا بيتا فوجدها ناقصة جاز البيع ، ويغير على هذا الوجه بجر عن الخاتية (قوله فسد) لأن الثمر له قسط من الثمن ، فإذا كانت الواحدة غير مثمرة لم يدخل المعلوم في البيع فصارت حصة الباقي مجهولة فيكون هذا ابتداء عقد في الباقي بتمن مجهول ، فيفسد البيع بجر عن الخاتية (قوله كما لو باع) تنظير لا تمثيل ، وقوله : عدلا بكسر العين في المغرب : عدل الشيء مثله من جنسه وفي المقدار أيضا ومنه عدلا الحمل اه فعدل الحمل مايساوى العدل الآخر في مقداره وهذا شامل للوعاء وما فيه من الثياب ونحوها والمراد به هنا الثياب (قوله فسد) لأنه يؤدي إلى التنازع في المستثنى بخلاف ما إذا كان معينا (قوله ولو بين الخ)

(ونقص) ثوب (صح) البيع (بقدره) لعدم الجهالة (وغير) لتفرق الصفقة (وإن زاد) ثوبا (فسد) لجهالة المزيد ولو رد الزائد أو عزله هل يحل له الباقي خلاف (اشترى ثوبا) تتفاوت جوائبه فلو لم تتفاوت ككرباس لم تحل له الزيادة إن لم يضره القطع وجاز بيع ذراع منه نهر (هل أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه بعشرة في عشرة و) زيادة (نصف بلا خيار) لأنه أنفع (و) أخذه (بسبعة في تسعة ونصف بخيار) لتفرق الصفقة وقال محمد يأخذه في الأول بعشرة ونصف بالخيار وفي الثاني بتسعة ونصف به

راجع إلى قوله اشترى عددا من قيمى (قوله ونقص ثوب) الأولى أن يقول: ثوبا كما قال في طرف الزيادة، فيكون في نقص ضمير يعود على القيمى، وثوبا تمييز وعلى جملة فاعل نقص يحتاج إلى تقدير ضمير مجرور بمن يعود على القيمى فتدبر (قوله بقدره) أى بما سوى قدر الناقص فتح ونهر. والأولى بقدر ماسوى الناقص أو بقدر الموجود المعلوم من المقام أو بقدر القيمى المذكور الذى نقص ثوبا، وهذا أقرب بناء على ما قلنا من أن الأولى نصب ثوبا فيتحد مرجع الضمير في نقص وفي بقدره (قوله لجهالة المزيد) تنفع المنازعة في تعيين العشرة المبينة من الأحد عشر كما في النهر (قوله ولو رد الزائد) أى إلى البائع إن كان حاضرا وقوله: أو عزله أى أفرزه وأبقاه عنده إن كان البائع غائبا (قوله خلاف) مذكور في الشرح والنهر: لم يذكر في النهر (۱) خلافا، وإنما ذكره في شرح المصنف وعبارته:

قلت: وفي البرازية اشترى عدلا على أنه كذا فوجده أزيد والبائع غائب يعزل الزائد، ويستعمل الباقي، لأنه ملكه اه وكأنه استحسان، وإلا فالبيع فاسد لجهالة المزيد، وقد صرح في الخانية والقنية بأن محمدا قال فيه استحسان أن يعزل ثوبا من ذلك، ويستعمل البقية، وفيها قباه اشترى شيئا فوجده أزيد يدفع الزيادة إلى البائع وأباقى حلال له في المثليات، وفي ذوات القيم لا يحل له حتى يشتري منه الباقي إلا إذا كانت تلك الزيادة مما لا تجرى فيها الضمة فيجئذ يلزم اه وهو يقتضى عدم الحل عند غيبة البائع بالأولى فهو معارض لما تقدم اه: ما في شرح المصنف، وهو مأخوذ من البحر، ويمكن دفع المعارضة بحمل الثاني على القياس، فلا ينافى ما مر أنه استحسان ويظهر منه ترجيح ما مر، لكن ذكروا الاستحسان في صورة غيبة البائع قال في الخانية: فلإن غاب البائع قالوا يعزل المشتري من ذلك ثوبا، ويستعمل الباقي وهذا استحسان أخذه به محمد نظرا للمشتري اه أى لأنه عند غيبة البائع يلزم الضرر على المشتري، بعدم الانتفاع بالمبيع إلى حضور البائع، وربما لا يحضر أو تطول غيبته فلذا استحسان محمد عزل ثوب، واستعمال الباقي نظرا للمشتري، وهذا لا يجزى في صورة حضرة البائع لإمكان تجديد العقد معه، فالظاهر بقاءه على القياس، وبه ظهر أنه لا معارضة بين الكلأين، وأن ما ذكره الشارح من إجراء الخلاف في صورتين غير محرر فافهم (قوله وجاز بيع ذراع منه نهر) عبارة النهر قيدنا بتفاوت جوائبه لأنها لو لم تتفاوت كالكرباس لا تسلم له الزيادة لأنه بمنزلة المولود، حيث لا يضره النقصان، وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه اه (قوله في عشرة وزيادة نصف) أى فيها إذا ظهر أنه عشرة ونصف (قوله لأنه أنفع) كما لو اشتراه معيبا فوجده سالما نهر أى حيث لا خيار له (قوله في تسعة ونصف) أى في نقصانه نصفًا عن العشرة (قوله وقال محمد الخ) يوجد قبل هذا في بعض النسخ وقال أبو يوسف: يأخذه في الأولى بأحد عشر بالخيار، وفي الثانية بعشرة به (قوله وفي الثاني بتسعة ونصف به) لأن من ضرورة مقابلة النزاع

(۱) قوله (لم يذكر في النهر الخ) سياق هذا الكلام يقتضى أن قوله مذكور في الشرح والنهر من عبارة الشارح ولعلها كتبه وإلا لنسخ الشارح أى بهى ليس فيها قوله مذكور الخ وليس اه مصححه.

وہو اعدل الأقوال بحر وأقره المصنف وغيره .

قلت : لكن صحح القهستانی وغيره قول الإمام وعليه المتون فعليه الفتوى ،

فصل فيما يدخل في البيع تبعا وما لا يدخل

الأصل أن مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين إحداهما ما أفاده بقوله (كل ما كان في الدار من البناء) المعنى كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا يدخل بلا ذكر وذكر الثانية بقوله (أو متصلا به تبعا لها دخل في بيعها) يعني أن كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار وهو ما وضع لأن يفصله البشر دخل تبعا

بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجری علیہ حکمہما درر وقوله به أى بالخيار لأن في الزيادة لقعا يشوبه ضرر بزيادة الثمن عليه ، وفي نقصان قوات وصف مرغوب فيه نهر (قوله وهو) أى قول محمد أحمدل الأقوال قال الإنشائي وفي غاية البيان وبه تأخذ (قوله لكن صحح القهستانی وغيره الخ) وفي الفتح عن الذخيرة قول أبي حنيفة أصح اه وفي تصحيح العلامة قاسم عن الكبري أنه المختار (قوله فعليه الفتوى) تفريع على ما ذكر من تصحيحه ، ومشى المتون عليه لأنه إذا اختلف التصحيح لقولين ، وكان أحدهما قول الإمام أو في المتون أخذ بما هو قول الإمام لأنه صاحب المذهب وبما في المتون لأنها موضوعة لنقل المذهب وهنا اجتمع الأمران فافهم والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل فيما يدخل في البيع تبعا وما لا يدخل فيه ما يصح استثناءه من المبيع ومسائل آخر

(قوله الأصل الخ) في المصباح أصل الشيء : أسفله وأساس الحائط : أصله حتى قيل أصل كل شيء ما يستند وجود ذلك الشيء إليه اه وفيه أيضا القاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط ، وهو الأمر الكل المطبق على جميع جزئياته اه فالمراد هنا أن الأصل الذي يستند إليه معرفة هذا الفصل ، هو أن مسأله مبنية على قاعدتين ولا يتحقق أن هذا تركيب صحيح فافهم (قوله على قاعدتين) الأولى أن يقول على ثلاث قواعد كما فعل في الدرر وقال والثالث أن مالا يكون من القسمين إن كان من حقوق المبيع ، ومراقفه يدخل في المبيع بذكرها وإلا فلا اه وقد ذكره الشارح بقوله وما لم يكن من القسمين إلح أفاده ط (قوله يعني كل ما هو متناول اسم المبيع) أشار به إلى أن البناء في كلام المصنف مثال لا قيد وكذا الدار ط (قوله اتصال قرار الخ) فيدخل الحجارة المخلوقة والمثبتة في الأرض والدار لا المدفونة ، يدل عليه قولهم : لو اشترى أرضا بحقوقها وانهدم حائط منها ، فإذا فيه رصاص أو ساج أو خشب إن من جملة البناء كالذي يكون تحت الحائط يدخل ، وإن شيئا ودعا فيه فهو للبائع ، وإن قال البائع ليس لي فحكمه حكم القطعة فقولهم شيئا مودعا يدخل فيه الأحجار المدفونة ، ويقع كثيرا في بلادنا أنه يشترى الأرض أو الدار ، فيرى المشتري فيها بعد حفرها أحجار الرمرر والكذبان ، والبلاط والحكم فيه إن كان مبنيا ، فلم يشترى وإن موضوعا لاعلى وجه البناء فللبائع وهي كثيرة الوقوع فاعتنم ذلك بقى لو ادعى البائع أنها كانت مدفونة ، فلم تدخل والمشتري أيا مبنية فقد يقال بفحالفان ، لأنه يرجع إلى الاختلاف في قدر المبيع وقد يقال : يصدق البائع لأن اختلافهما في تابع لم يرد عليه النقد والتحالف على خلاف القياس ، فيما ورد عليه النقد ، فلا يقاس عليه غيره ، والبائع ينكر خروجه عن ملكه والأصل بقاء ملكه فتأمل اه ملخصا من حاشية المنع للخبير الرمل (قوله وهو ما وضع لا لأن يفصله البشر الخ) فيدخل الشجر كما يأتي ، لاتصالها بها اتصال قرار إلا اليابس ، لأنه على شرف القلع كما يأتي ولا يدخل الزرع لأنه متصل لأن يفصل ، فأشبه متاعا فيها كما في الدرر ، وإنما يدخل المفتاح ، لأنه تبع للفتح المنصل فهو كاجزاء منه إذ لا يتضح به إلا به بخلاف مفتاح القفل كما يأتي :

وما لا فلا وما لم يكن من القسمين فإن من حقوقه ومرافقه دخل بذكرها وإلا لا (فيدخل البناء والمفاتيح) المتصلة أغلقها كضبة وكيلون ولو من فضة لا القفل لعدم اتصاله (والسلم المتصل والسرير

والخاص : أنه قد يدخل بعض المنقول المنفصل إذا كان تبعاً للمبيع بحيث لا ينتفع به إلا به فيصير كالجوهر كولد البقرة الرضيع بخلاف ولد الأتان ، وقد يدخل عرفاً كقلادة الحمار وثياب العبد (قوله وما لا فلا) تبع فيه الدور والمناسبات إسقاطه ليصح التفصيل في قوله : وما لم يكن من القسمين الخ تأمل (قوله فإن من حقوقه ومرافقه) المرافق هي الحقوق في ظاهر الرواية ، فهو عطف مرادف ، والحق ما هو تبع للمبيع ولا بد له منه ولا يقصد إلا لأجله كالطريق والشرب للأرض كما سيأتي في باب الحقوق إن شاء الله تعالى (قوله دخل بذكرها) أي بذكر الحقوق والمرافق (قوله وإلا لا) أي وإن لم يكن من حقوقه ومرافقه لا يدخل وإن ذكرها فلا يدخل الثمر بشراء شجرة ، لأنه وإن كان اتصاله خلفياً فهو لقطع لا للبقاء فصار كالتزويج إذا قال بكل ما فيها أومنها لأنه حينئذ يكون من المبيع كما في الدور (قوله فيدخل البناء والمفاتيح الخ) وكذا العلو والكيف كما في الدور وقوله الآتي في بيع دار متعلق به يدخل : أي إذا باعها بمحدودها يدخل ما ذكر وإن لم يقل بكل حق لها أو بموافيقها كما في الدور ، قال لأن الدار اسم لما يدار عليه الحدود ، والعلو منها وكذا البناء ثم قال لا يدخل في بيعها الظلة والطريق والشرب والمسبل إلا به أي بكل حق لها وبهوها الظلة لأنها مبنية على هواء الطريق ، فأخذت حكمه . وأما الطريق والشرب والمسبل فلأنها خارجة عن الحدود ، لكنها من الحقوق فتدخل بذكرها وتدخل في الإجارة بلا ذكرها لأنها تعقد للانتفاع ، ولا يحصل إلا به بخلاف البيع ، لأنه قد يكون للتجارة اه .

قلت : وذكر في الذخيرة أن الأصل أن مالا يكون من بناء الدار ولا متصلاً بها لا يدخل إلا إذا جرى العرف في أن البائع لا يمنع عن المشتري ، فالمتاح يدخل استحساناً لا قياساً لعدم اتصاله ، قلنا بدخوله بحكم العرف اه ملخصاً ومقتضاه : أن شرب الدار يدخل في إيجارنا دمشق المحمية للعارف ، بل هو أولى من دخول السلم المتصل في عرف مصر القاهرة ، لأن الدار في دمشق إذا كان لها ماء جار وانقطع عنها أصلاً لم ينفق بها ، وأيضاً إذا علم المشتري أنه لا يستحق شربها بعقد البيع لا يرضى بشرائها إلا بثمن قليل جداً بالنسبة إلى ما يدخل فيها شربها وتعام الكلام على ذلك في رسالتنا المسماة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف (قوله المتصلة أغلقها الخ) جمع غلق بفتح حين : أي ما يغلّق على الباب قال في الفتح : المراد بالغلّق مانسيه ضبة ، وهذا إذا كانت مركبة لا إذا كانت موضوعة في الدار اه هذا وإنما اقتصر على ذكر المفاتيح للعلم بدخول الأغلاق المتصلة بالأولى لأن دخول المفاتيح بالبيعة لها فافهم (قوله كضبة وكيلون) قبل الأول هو المسمى بالسكرة ، والثاني المسمى بالغال (قوله لا القفل) بضم فسكون أي لا يدخل سواء ذكر الحقوق أولاً وسواء كان الباب مغلقاً أولاً ، وسواء كان المبيع حائزاً أو بيتاً أو داراً كما في الخالية بحر (قوله لعدم اتصاله) وإنما تدخل الألواح ، وإن كانت منفصلة لأنها في العرف كالأبواب المركبة ، والمراد بهذه الألواح ما يسمى بمحصر دراب الدكان ، وقد ذكر فيها عدم الدخول فلا يعمل عليه اه فتح أي لأنها لا ينفق بالدكان إلا بها (قوله والسلم المتصل) في عرف القاهرة ينبغي دخوله مطلقاً ، لأن بيوتهم طبقات لا ينفق بها بدونه ، ولا يرد عدم دخول الطريق ، مع أنه لا انتفاع إلا به ، لأن ملك رقبته قد يقصد للأخذ بشفعة الجوار ، ولهذا دخل في الإجارة بلا ذكر كما سيأتي بحر : أي لأن إجارة الأرض لا يقصد بها إلا الانتفاع برقبته فلما دخل الطريق فيها ، بخلاف البيع لكن لا يخفى أن هذا ناقض للجواب ، لأن لقاتل أن يقول في بيوت القاهرة لا يدخل السلم الموضوع ، لأنه قد يقصد بشراء البيت الأخذ بالشفعة أي أن يأخذ بالشفعة مجاوره ، فلم يكن المقصود

والدرج المتصلة) والرحى لو أسفلها مبنيًا والبكرة لا الدلو والحبل مالم يقل بمرافقتها (في بيعها) أى الدار وكذا يستأنها كما سيجيء في باب الاستحقاق ويدخل في بيع الحمام القدور لا النضاع وفي الحمام لإكافه إن اشتراه من المزارعين وأهل القرى لا لو من الحميرين

الاتضاع برقبته حتى يدخل فيه السلم تبعًا تأمل (قوله المتصلة) هذا ينفى عن قوله قبله المتصل ، لأنه نعت لثلاثة المذكورة ولو جعل نعتًا للسرى والدرج لكان المناسب أن يقول المتصلان قال في البحر : ويدخل الباب المركب لا الموضوع ، ولو اختلفا فيه فادعاه كل فلو مركبا متصلا بالبناء فالقول للمشتري ولو مقلوعا فلو الدار بيد البائع فالقول له وإلا فالمشتري اهـ .

قلت : وبه علم حكم أبواب الشبائيك ، وذلك أن الأبواب التي كلها من الذهب تدخل إن كانت مركبة متصلة والتي من البلور لا تدخل إلا إذا كانت متصلة أيضا لأن غير المتصلة توضع وترفع تأمل وأما الدف أنى يفرش في إيوان البيوت لدفع العفن والتداوة فالظاهر أنه كالسرى المسمى بالندخت ، فيعتبر فيه الإتصال وعدوه ، لكن قد يقال إن السرى ينقل ويحول وأما هذا فإنه لا ينقل من محله فهو في حكم المتصل فليتأمل (قوله لو أسفلها مبنيًا) أى فيدخل الحجر الأعلى استحسانا ، وهذا في ديارهم أما في ديار مصر لا تدخل الرحى ، لأنها يحجر بها تنقل وتحول ولا تبقى فهي كالباب الموضوع لا يدخل بالإتفاق فتع (قوله والبكرة) أى بكرة الدار التي عليها فتدخل مطلقا لأنها مركبة بالبئر اهـ بجر وظاهر التعليق أنها لو لم تكن مركبة بأن كانت مشرودة بحمل أو موضوعة بخطاف في حلقة الخشبة التي حل البئر أنها لا تدخل ويحرم وفي الهدية والبكرة والدلو الذي في الحمام لا يدخل كذا في محيط السرخسى قال السيد أبو القاسم في عرفنا للمشتري كذا في محتارات الفتاوى اهـ . وهذا يقتضى أن المشتري يعرف ط (قوله في بيعها أى الدار) وهو متعلق بقوله فيدخل كما قدمناه (قوله وكذا يستأنها) أى الذى فيها ولو كبير لا لو أكبر أو مثلها ، وقيل إن صغر دخل وإلا لا وقيل يحكم الثمن اهـ فتع (قوله كما سيجيء في باب الاستحقاق) صوابه في باب الحقوق وعبارته وكذا يستأن الداخل ، وإن لم يصرح بذلك لا يستأن الخارج إلا إذا كان أصغر منها فيدخل تبعًا ولو مثلها أو أكبر فلا إلا بالشرط زيلعى وعينى اهـ . وبذلك جزم أيضا في البحر والنهر هناك (قوله ويدخل في بيع الحمام القدور) جمع قدر بالكسر آنية يطبخ فيها صباغ ، والظاهر أن المراد بها قدر النحاس التي يسخن فيها الماء ، وتسمى حلة أو المراد الفساقى التي يزل إليها الماء ، ويتنقل منها ، وتسمى أجرا لکن إن كانت متصلة فلا كلام أما إن كانت منفصلة موضوعة ، فإن كانت كبيرة لا تنقل ولا تحول فالظاهر أنها كالمتصلة وإلا فلا تأمل قال في الفتح : وأما قدر الصباغين والقصارين وأجاجين الغسالىن وخوابى الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذى يدق عليه الميثب كل ذلك في الأرض ، فلا يدخل وإن قال بمقوقها :

قلت : ينفى أن تدخل كما إذا قال بمرافقتها اهـ أقول : بل في التاوخانية عن الذخيرة أنه على قياس مسألة البكرة والسلم ما كان مثبتا في البناء من هذه الأشياء ينفى أن يدخل في البيع اهـ أى وإن لم يقل بمقوقها (قوله وفي الحمام إكافه) في القاموس : إكاف الحمام ككتاب وغراب : بردته ، وهي الحلس تحت الرجل وقد تنقط داله اهـ وظاهر كلام الفقهاء أنه غيره والعرف أنها الخشب فوق البردة بجر (قوله لا لو من الحميرين) جمع حرى وهو من يبيع الحمير وكأنه لأن عادتهم التجارة فيها مجردة عن الإكاف ط .

وتدخل قلاذته عرفا ويدخل ولد البقرة الرضيع في الأتان لا رضيعا أولا به يفتى ، وتدخل ثياب عید وجارية
أى كسوة مثلها يعطيها هذه أو غيرها لا حليا إلا إن سلمها أو قبضا وسكت وتماه في الصيرفة (ويدخل
الشجر في بيع الأرض بلا ذكر) قيد للمساكين فبالذكر أولى (مشرة كانت أولا) صغيرة أو كبيرة

قلت : ويؤيده قوله في التارخانية وهذا بحسب العرف وفيها أيضا إذا باع حمارا موكفا دخل الإكاف والبردة
بحكم العرف ، وفي الظهيرية هو المختار ، وإن لم يكن عليه بردة ولا إكاف دخلا أيضا كذا اختاره الصدر الشهيد
وبعضهم قالو إذا كان عربا لا يدخل شيء وفي الخانية أن ابن الفضل قال لا يدخل ولم يفصل بين كونه موكفا أولا
وهو الظاهر ، ثم إذا دخلا لا يكون لها حصصة من الثمن كما في ثياب الجارية (قوله وتدخل قلاذته عرفا) في الظهيرية
باع فرسا دخل العذار بحكم العرف والعذار والمقود واحد اه لكن في الخانية : لا يدخل المقود في بيع الحمار ،
لأنه يتقاد بدونه بخلاف الفرس والبغير قال في القنع وليتأمل في هذا (قوله وفي الأتان لا الخ) الفرق أن البقرة
لا ينفع بها إلا بالعجل ، ولا كذلك الأتان ظهيرية (قوله وتدخل ثياب عید وجارية الخ) هذا إذا بيعا في الثياب
الملكورة وإذا دخل ما يستر العورة فقط في البحر : لو باع عبدا أو جارية كان على البائع من الكسوة ما يوارى
عورته ، فإن بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع اه ومثله في القنع ، ودخول ثياب المثل بحكم العرف كما في التارخانية
وحينئذ فالمدار على العرف (قوله يعطيها هذه أو غيرها) أى يغير البائع بين أن يعطى ما عليها أو غيره ، لأن الداخل
بالعرف كسوة المثل ولهذا لم يكن لها حصصة من الثمن ، حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشيء ، وكذا
إذا وجد بها عيبا ليس له أن يردها زبلى زاد في البحر : ولو هلك الثياب عند المشتري ، أو تعيبت ثم رد
الجارية بعيب ردها بجميع الثمن اه وقول الزبلى : لا يرجع على البائع بشيء قال بعض الفضلاء : يعنى من الثمن ،
وأما رجوعه بكسوة مثلها فثبت له كما يعلم من كلامهم اه وفي التارخانية : وكذلك إذا وجد بالجارية عيبا ردها
ورد معها ثيابها وإن لم يجد بالثياب عيبا اه وعليه فإى الزبلى من قوله لو وجد بالجارية عيبا كان له أن يردها بدون
تلك الثياب ، فعناه كما في البحر إذا هلك ، وإلا لزم حصولها للمشتري بلا مقابل وهو لا يجوز (قوله أو قبضا)
أى المشتري ، وسكت أى البائع ، لأنه كالتسليم منح عن الصيرفة ، وفي التارخانية فأما سلم البائع الحللى لها
فهو لها وإن سكت عن طلبه ، وهو يراه فهو كما لو سلم لها وفيها عن المحيط باع عبدا معه مال ، فإن سكت
عن ذكر المال جاز البيع والمال للبائع هو الصحيح ، ولو باعه مع ماله وسعى مقداره ، فإن كان الثمن من جنسه
لا بد أن يكون الثمن أزيد من مال العبد ، ليكون بإزاء مال العبد قدره من الثمن ، والباقي بإزاء العبد وتماه فيها
(قوله ويدخل الشجر الخ) قال في المحيط : كل ماله ساق ولا يقطع أصله كان شجرا يدخل تحت بيع الأرض
بلا ذكر وما لم يكن بهذه الصفة لا يدخل بلا ذكر لأنه بمنزلة الثمرة اه ط عن الهندية (قوله قيد للمساكين) الأولى
البناء وما عطف عليه والثانية الشجر ط (قوله مشرة كانت أولا الخ) لأن محمدا لم يفصل بينهما ، ولا بين
الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافا لمن قال إن غير المثمرة لا تدخل إلا بالذكر ، لأنها لا تنفرد
للقرار ، بل لقطع إذا كبر خشبها ، فصارت كالزروع ولمن قال إن الصغيرة لا تدخل قطع ، وفي التارخانية عن المحيط
إن هذا أصبح أى عدم التفصيل اه :

قلت : لكن في الصغيرة إن العرائش والأشجار والأبنية تدخل ، لأنها ليس لهايتها مدة معلومة فتكون
للتأيد ، فتبيع الأرض بخلاف الزرع والثمر ، لأن لقطعها غاية معلومة فكانت كالماقطوع اه ملخصا ومقتضاه

إلا اليابسة لأنها على شرف القلع فتح (إذا كانت موضوعة فيها) كالبناء (القرار) فلو فيها صغار تقلع زمن الربيع إن من أصلها تدخل وإن من وجه الأرض لا إلا بالشرط وتعامه في شرح الوهبانية وفي الفتية شري كرم دخل الوثائل المشدودة على الأوتاد المنصوبة في الأرض وكذا الأعمدة المدفونة في الأرض التي عليها أغصان الكرم المسماة بأرض الخليل بر كائز الكرم :

أما غير المشرع المعد للقطع كالزروع إلا أن يقال إنه ليس له نهاية معلومة (قوله لأنها على شرف القلع) فهي كحطب موضوع فيها فتح (قوله كالبناء) أشار بذكره إلى أن العلة في دخول الشجر : هي العلة في دخول البناء وهي أنها وضعا للقرار ط (قوله فلو فيها صغار الخ) نقله في الفتح عن الخانية ، وبأن قريبا ما يقيد أن صغرها وقطعها في كل سنة غير قيد (قوله وإن من وجه الأرض لا) أي لا تدخل لأنها تكون حينئذ كالخثرة كما يعلم مما نذكره قريبا (قوله وتعامه في شرح الوهبانية) حاصله : أنه في الوقائع صرح بأن القصب لا يدخل بلا شرط ، لأنه بمقطع فكان بمنزلة الخثرة ، وأخذ الطرسوسى من التعليل بالقطع أن الحور ونحوه بما يقطع في أوقات معروفة لا يدخل ، ونازعه تلميذه ابن وهبان بأن القصب يقطع في كل سنة ، فكان كالخثرة بخلاف خشب الحور فلا وجه لإدخاله ، لكن في الوقائع أيضا لو فيها أشجار تقطع في كل ثلاث سنين : فلو تقطع من الأصل تدخل ولو من وجه الأرض فلا ، لأنها بمنزلة الخثرة قال ابن الشحنة : فيه إشارة إلى أن العلة كونه يباع شجرا بأصله فلا يكون كخثرة بخلاف المقطوع من وجه الأرض مع بقاء أصله لأنه كالخثرة اه .

قلت : والحاصل : أن الشجر الموضوع للقرار ، وهو الذي يقصد للشرع لا إذا بس ، وصار حطا كامرا ، أما غير المشرع المعد للقطع ، وإن لم يكن له نهاية معلومة (۱) ، فلا يدخل أيضا بخلاف ما أعد لقطع زمن خاص كأيام الربيع ، أو في كل ثلاث سنين فهو على التفصيل المذكور ولا يخفى أن الحور بالمهمتين ليس لقطعه نهاية معلومة والله سبحانه وتعالى أعلم :

هذا واعلم أنه نقل في البحر وكذا في شرح الوهبانية عن الخانية أنه لو باع أرضا فيها رطبة أو زعفران أو خلاف يقطع في كل ثلاث سنين أو رباحين أو يقول قال الفضل ما على وجه الأرض بمنزلة الخثر ، لا يدخل بلا شرط ، وما في الأرض من أصولها يدخل ، لأن أصولها للبقاء بمنزلة البناء ، وكذا لو كان فيها قصب أو خشب أو حطب ثابت يدخل أصوله لا ما على وجه الأرض . واختلفوا في قوائم الخلاف والصحيح أنها لا تدخل اه . وفي شرح الوهبانية إن هذا التفصيل أنسب لمقتضى قواعدهم اه (قوله دخل الوثائل الخ) الوثيل بالتحريك الحبل من اللبب ، والوثيل ثبت كذا في جامع اللغة اه ح . وهو المنقول عن الفتية وفي نسخة الوتار وهو جمع وتيرة وهي ما يوتر بالأعمدة من البيت كالوترية محرك كذا في القاموس و ثم قال : وترها يترها علق عليها اه . فالمراد : ما يعلق عليه الكرم والذي وقع فيما رأيته من نسخ المنح يدخل الوتار المشدودة على الأوتار المنصوبة في الأرض اه ط :

قلت : والذي رأيته في الشرح وكذا في المنح الوثائل المشدودة على الأوتاد الخ بالبدال المهمة في الموضعين تأمل (قوله وكذا الأعمدة المدفونة في الأرض) قال في المنح : تقييده بالمدفونة يفيد أن الملقاة على الأرض لا تدخل ، لأنها بمنزلة الحطب الموضوع في الكرم ، وصارت المسألة واقعة الفتوى فيبقى بالدخول في المبيع ، وإن كانت مدفونة وهي المسماة في ديارنا برباير الكرم اه :

(۱) قوله نهاية معلومة فلا يدخل الخ (لعل الصواب إسقاط لا تأمل اه)

وفي النهر : كل مادخل تبعاً لا يقابله شيء من الثمن لكونه كالوصف وذكره المصنف في باب الاستحقاق قبيل العلم (ولا يدخل الزرع في بيع الأرض بلا تسمية) إلا إذا ثبت ولا قيمة له فيدخل في الأصح شرح المجمع

مطلب كل مادخل تبعاً لا يقابله شيء من الثمن

(قوله وفي النهر الخ) قال فيه ولذا قال في القنية : اشترى داراً فذهب بناؤها لم يسقط شيء من الثمن ، وإن استحق أخذ الدار بالحصّة ومنهم من سوى بينهما اهـ ونحو ذلك ثياب الجارية كما سلف ط وفي الكافي : رجل له أرض بيضاء وآخر فيها نخل فباعهما رب الأرض بإذن الآخر بألف ، وقيمة كل واحد خمسمائة فالثمن بينهما نصفان ، فإن هلك النخل قبل القبض بأفة ساوية خسر المشتري بين الترك ، وأخذ الأرض بكل الثمن ، لأن النخل كالوصف والثمن بمقابلة الأصل لا الوصف فلذا لا يسقط شيء من الثمن اهـ وقيد في البحر بما إذا لم يقصل عن كل ، فلو فصل سقط قسط النخل بهلاكها كما في تلخيص الجامع .

[تنبيه] في حاشية السيد أبي السعود استفيد من كلامهم : أنه إذا كان لباب الدار المبيعة كيلون من فضة لا يشترط أن ينقد من الثمن ما يقابله قبل الإقتراف لدخوله في البيع تبعاً ، ولا يشكل بما سيأتي في الصرف من مسألة الأمة مع الطوق والسيف المحلى لأن دخول الطوق والحلية في البيع لم يكن على وجه التبعية ، لكون الطوق غير متصل بالأمة والحلية وإن اتصلت بالسيف ، إلا أن السياف اسم للحلية أيضاً كما سيأتي في الصرف ، فكانت من مسمى السيف إذا علم هذا ظهر أنه في بيع الشاش ونحوه إذا كان فيه علم لا يشترط نقد ما قبل العلم من الثمن قبل الافتراق خلافاً لمن توهم ذلك من بعض أهل العصر ، لأن العلم لم يكن من مسمى المبيع ، فكان دخوله على وجه التبعية ، فلا يقابله حصّة من الثمن اهـ .

قلت : وما ذكره في الكيلون غير مسلم وسنذكر تحرير المسألة في باب الصرف إن شاء الله تعالى (قوله ولا يدخل الزرع الخ) إطلاقه يعم ما إذا لم يثبت ، لأنه حينئذ يمكن أخذه بالغربال ، وما إذا عفن واختار الفضل وتبعه في الذخيرة أنه حينئذ يكون للمشتري لأنه لا يجوز بيعه على الأفراد ، وبالإطلاق أخذ أبو الليث نهر وقال في الفتح واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال كما هو إطلاق المصنف اهـ (قوله إلا إذا ثبت ولا قيمة له) ذكر في الهداية قولين في هذه المسألة بلا ترجيح ، وذكر في التجنيس إن الصواب الدخول كما نص عليه القدوري والإسبيجاني ، والخلاف مبنى على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشار والمناجل (١) : قال في الفتح يعني أن من قال لا يجوز بيعه ، قال يدخل ومن قال يجوز قال لا يدخل ، ولا يعني أن كلا من الاختلافين مبنى على سقوط تقومه وعدمه ، فإن القبول بعدم جواز بيعه وعدم دخوله في البيع كلاهما مبنى على سقوط تقومه ، والأوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد رجاء حياته فينقض به في ثاني الحال اهـ ، وفي الفتح : وظاهره اختيار عدم الدخول ، لا خياره جواز بيعه ، وبه صرح في السراج حيث قال : لو باعه بعد ما ثبت ولم تنله المشار والمناجل ففيه روايتان ، والصحيح أنه لا يدخل إلا بالتسمية ، ومنشأ الخلاف هل يجوز بيعه أولاً الصحيح الجواز اهـ .

والحاصل : أن الصور أربيع ، لأنه إما أن يكون بعد النبات أو قبله ، وعلى كل إما أن يكون له قيمة أولاً

(١) قوله (قبل أن تناله المشار والمناجل) أي قبل أن يمكن أكل الدواب له وتناوله بهانها وتقبل أن يمكن حمله بالمناجل فإن مشفر البعير شفعه جميعها مشافر والمناجل ما يحصد به الزرع جمع مناجل اهـ .

(و) لا (المر في بيع الشجر بدون الشرط) عبر هنا بالشرط وثمة بالتسمية ليفيد أنه لا فرق وأن هذا الشرط غير مفسد وعصه بالمر اتباعا لقوله صلى الله عليه وسلم « الثمرة للبائع إلا أن يشترطه المبتاع »

ولا يدخل في الكل لكن وقع الخلاف فيما ليس له قيمة قبل البياض أو بعده . ففي الثانية الأصح الدخول كما ذكره الشارح بل علمت أنه الصواب ، وظاهر الفتح اختيار عدمه ، وبه صرح في السراج ، وكذا في الأولى اختلف الترجيح فاختار الفضلي الدخول ، واختار أبو الليث عدمه كما قد سناه عن النهر والفتح ، واقتصر الشارح على استثناء الثانية فقط يفيد ترجيح ما اختاره أبو الليث في الأولى ، لكن قدما عن امتنع أن اختيار أبي الليث إنه لا يدخل بكل حال كما هو إطلاق المصنف يعنى صاحب الهداية ، وظاهره عدم الدخول في الصور الأربع ، وقد وقع في البحر ههنا خلل في فهم كلام السراج المتقدم ، وفي بيان الخلاف في الصور المذكورة والصواب ما ذكرناه كما أوضحته فيما علقته عليه فافهم :

[تنبيه] قيد بالبيع لأنه في رهن الأرض يدخل الشجر والتمر والزروع وفي وقتها يدخل البناء والشجر ، لا الزروع وكذا لو أقر بأرض عليها زرع أو شجر دخل ولا يدخل الزرع في إفاة الأرض وتحملة في البحر (قوله ولا تمر في بيع الشجر) التمر بمئة الحمل الذي يخرج من الشجرة وإن لم يؤكل فيقول المر الأراك والتمسح والعنب مضباح . وفي الفتح ويدخل في الثمرة الورد والياسمين ونحوهما من المشومات نهر وشمل ما إذا بيع الشجر مع الأرض أو وحده كان له قيمة أولا يمر (قوله ليفيد أنه لا فرق) أي بين أن يسمى الزرع والتمر بأن يقول : بعثك الأرض وزرعها أو بزروعها أو بالشجر وثمره أو معه أو به ، وبين أن يخرج مخرج لشرط فيقول بعثك الأرض على أن يكون زرعها لك أو بعثك الشجر على أن يكون الثمر لك فهذا في المنع اهـ ح ، وقله في البحر :

مطلب المجتهد إذا استدل بحديث كان تصحيحا له

(قوله وعصه بالتمر) أي خصي ذكر الشرط بمسألة التمر دون مسألة الزرع مع إمكان العكس اتباعا للحديث المذكور الذي استدل به الإمام محمد ، على أنه لا فرق بين كون التمر مؤثرا أولا التأخير التطبيق ، وهو أن يشق الحكم ويلزم فيه من طلع النخل ليصلح لإنائها والحكم بالكسر وعاء الطلع ، وأما حديث الكتب الستة : ومن باع نخلا مؤثرا فالثمر للبايع إلا أن يشترط المبتاع ، فلا يعارضه لأن مفهوم الصفة غير معتبر عندنا وما قيل من أن الحديث الأول قريب فقيه أن المجتهد إذا استدل بحديث كان تصحيحا له كما في التحرير وغيره نعم : يرد ما في الفتح أن حل المطلق على المقيد هنا واجب ، لأنه في حادثة واحدة في حكم واحد ، ثم أجاب عنه بأنهم قاموا التمر على الزرع كما قال في الهداية إنه متصل للقطع لا للبقاء ، وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم إذا تعارضا .

مطلب في حل المطلق على المقيد

واعترض في البحر قوله إن حل المطلق على المقيد واجب التبع بأنه ضعيف لما في النهاية من أن الأصح إنه لا يجوز لا في حادثة ، ولا في حادثتين حتى يجوز أبو حنيفة التيمم بجميع أجزاء الأرض بحديث جعلت في الأرض مسجدا وظهره ، ولم يحمل هذا المطلق على المقيد وهو حديث التراب ظهور اهـ .

(ویؤمر البائع بقطعهما) الزرع والنثر (وتسليم المبيع) الأرض والشجر عند وجوب تسليمهما ، فلو لم ينقد الثمن لم يؤمر به حثابة (ولا لم يظهر) صلاحه لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فيجب على تسليمه فارغا (كما لو أوصى بنخل لرجل وعليه بسر حيث يجبر الورثة على قطع البسر هو المختار) من الرواية ولولاجية ومافى الفصولين باع أرضا بدون الزرع فهو البائع بأجر مثلها محمول على ما إذا رضى المشتري نهر (ممن باع ثمرة بارزة)

أقول : أُنِجِت عنه فيما علقته على البحر بأن المقيّد هنا لا يثبت الحكم عما عداه ، لأن التراب لقب ومفهوم القلب غير معتبر إلا عند فرقة شاذة من اعتبار المفاهيم ، فليس مما يجب فيه الحمل فلا دلالة في ذلك على أنه لا يحمل في حادثة عندنا كيف وحمل المطلق على المقيّد عند اتحاد الحكم والحادثة مشهور عندنا مصرح به في متن المسار والتوضيح والتلويح وغيرها فما استند إليه من كلام النهاية غير مسلم فافهم (قوله ويؤمر البائع بقطعهما) أى فيما إذا باع أرضا فيها زرع لم يسمه أو شجرا عليه ثم لم يشترط حتى يبقى الزرع والنثر على ملك البائع (قوله الزرع والنثر) يدل من ضمير التثنية وقوله الأرض والشجر يدل من المبيع (قوله عند وجوب تسليمهما) أى تسليم الأرض والشجر وذلك عند نقد المشتري الثمن (قوله لم يؤمر به) أى بالقطع لعدم وجوب التسليم (قوله وإن لم يظهر صلاحه) الأولى صلاحهما أى الزرع والنثر وهو المناسب لقوله بقطعهما (قوله لأن ملك المشتري مشغول الخ) علة لقوله : ويؤمر البائع بقطعهما الخ وفي النهر عن جامع الفصولين باع شجرا عليه ثمر أو كرمنا عليه عنب لا يدخل النثر فلو استأجر الشجرة (۱) : من المشتري لترك عليه الثمر لم يجوز ولكن يعاد إلى الإدراك فلو أبى المشتري بخير البائع إن شاء أطلق البيع أو قطع الثمر اهـ وسيدكره الشارح آخر الباب فتأمل مع قول المتن ، ويؤمر البائع بالقطع فإنه ينافى لتضمير المذكور ولعله قول آخر فليحذر (قوله ومافى الفصولين) أى جامع الفصولين لابن قاضي سماء جمع فيه بين فصول العمادى والاستروشى ط (قوله محمول على ما إذا رضى المشتري) أى رضى بابقاء الزرع بأجر مثل الأرض وإلا أمر البائع بالقطع توفيقا بين كلامهم ، وأما إذا انقضت المدة في الإجارة فلم يستأجر أن يبقى الزرع بأجر المثل إلى انتهائه لأنها للانقضاء ، وذلك بالترك دون القلع ، بخلاف الشراء لأنه لملك الرقبة فلا يراعى فيه إمكان الانقضاء بمر .

مطلب في بيع النثر والزرع والشجر مقصودا

(قوله ومن باع ثمرة بارزة) لما فرغ من بيع الثمر تبعا للشجر شىء به مقصودا ولم يذكر حكم بيع الزرع والشجر مقصودا قال في الدرر : لا يصح بيع الزرع قبل صيرورته بقلا لأنه ليس بمقتض به ، ونابع للأرض ، فيكون كالوصف ، فلا يجوز لإيراد العقد عليه بانفراده ، وإن باع على أن يتركه حتى يدرك لم يجوز وكذا الرطبة والبقول ويجوز بيع حصته من شريكه مطلقا أى سواء بلغ أو انحصاد أو لا ومن غيره بغير إذنه إن لم يفسخ إلى الحصاد فإنه حينئذ ينقلب إلى الجواز كما إذا باع الجذع في السقف ولم يفسخ البيع حتى أخرجه وسامه اهـ ويأتى في المتن بيع البر في سنبله وفي البحر عن الظهيرية : اشترى شجرة للقلع يؤمر بقلعها بعروقلها ، وأيس له حفر الأرض إلى انتهاء العروق بل بقلعها على المادة إلا أن شرط البائع القطع على وجه الأرض ، أو يكون في القلع من الأصل دفنة للبائع ككونها بقوب حائط أو بئر فيقطعها على وجه الأرض ، فإن قطعها أو قلعها فثبت مكانها أخرى ، فالتأنيث للبائع إلا إذا قطع من أحلاها فهى للمشتري سراج ولو اشترى نخلة ولم يبين أنها للقلع أو للقرار قال أبو صيف

(۱) قوله (فلوا استأجر الشجرة) هكذا بخطه والأولى الشجر بلا تاء ليناسب سابقه ولا حقه اهـ مصححه .

أ. قبل الظهور فلا يصح اتفاقا (ظهور صلاحها أولا يصح) في الأصح (ولو برز بعضها دون بعض لا) يصح (في ظاهر المذهب) وصححه السرخسي وأفتى الحلواني بالجواز

لا يملك أرضها وأدخل محمد مانتعها وهو المختار. وإن اشتراها للقطع لا تدخل الأرض اتفاقا. وإن لقرار تدخل اتفاقا وإن باع نصيبا له من شجرة بلا إذن الشريك جاز إن بلغت أو أن قطعها وإلا فلا اه وقدعنا في الشركة حكم بيع الحصة الشائعة من ثمر أو زرع أو شجر مفصلا موضحا فراجع (قوله أما قبل الظهور) أشار إلى أن البروز بمعنى الظهور، والمراد به انفراك الزهر عنها وانهما ثمرة وإن دخرت (قوله ظهور صلاحها أولا) قال في الفتح بخلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ولا في عدم جوازه بعد الظهور قل بدو الصلاح، بشرط البترك ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به، ولا في الجواز بعد بدو الصلاح، لكن بدو الصلاح عندنا أن تزعم العاكة والفساد، وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو الحلاوة، والخلاف إما هو في بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف في معناه، لا بشرط القطع عند الشافعي ومالك وأحمد لا يجوز وعندنا إن كان حال لا ينتفع به في الأكل، ولا في علف الدواب فيه خلاف بين المشايخ قبل لا يجوز وسه قاصيد لعامة مشايخنا، والصحيح أنه يجوز لأنه مال منتفع به في ثاني الحال إن لم يكن منتفعا به في الحال والحيلة في جوازه باتفاق المشايخ أن يبيع الكثرى أول ما يخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للأوراق كأنه ورق كله، وإن كان بحيث ينتفع به ولو عفا للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب إذا باع بشرط القطع أو مطلقا اه (قوله لا يصح في ظاهر المذهب) قال في الفتح: ولو اشتراها مطلقا أي بلا شرط قطع أو ترك فأثمرت ثمرا آخر قل القبض فسد البيع، لأنه لا يمكن تسليم المبيع لتعدد التميز فأشبهه هلاكه قبل التسليم، ولو أثمرت بعد القبض بشرط كان فيه للاختلاط، والقول قول المشتري في مقداره مع ميمته، لأنه في يده وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ إذا حدث بعد القبض خروح بعضها اشتراكا كما ذكرنا اه ومقتضاه أنها لو أثمرت بعد القبض يصح البيع في الموجود وقت البيع، فإطلاط المصنف تبعا للزيلي محمول على ما إذا باع الموجود والمعدوم كما يفيد ما يأتي عن الحلواني، وما ذكره في الفتح من التفصيل محمول على ما إذا باع الموجود فقط، وعلى هذا فقول الفتح عقب ما قدمناه عنه، وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل الخ لا يناسب التفصيل الذي ذكره لأنه لا وجه لجواز البيع في الكل إذا وقع البيع على الموجود فقط فاعظم هذا التحريم (قوله وأفتى الحلواني بالجواز) وزعم أنه مروى عن أصحابنا وكذا حكى عن الإمام الفضل، وقال استحسنت فيه لتعامل الناس وفي زرع الناس عن عاداتهم خرج قال في الفتح: وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد في بيع الورد على الأشجار فإن الورد مباح، وجوز البيع في الكل وهو قول مالك اه قال الزيلي وقال شمس الأئمة السرخسي: والأصح أنه لا يجوز لأن المصير إلى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لأنه يمكن أن يبيع الأصول على ما بينا أو يشتري الموجود ببعض الثمن، ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده أو يشتري الموجود بجميع الثمن: ويبيع له الانتفاع بما يحدث منه، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق، فلا ضرورة إلى تجويز العقد في المعدوم مضاد للنص، وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم اه:

قلت: لكن لا يخفى تحقق الضرورة في زماننا ولا سيما في مثل دمشق الشام كثيرة الأشجار والثمار فإنه لعلية الجهل على الناس لا يمكن إلزامهم بالتخلص بأحد الطرق المذكورة، وإن أمكن ذلك بالنسبة إلى بعض أفراد الناس لا يمكن بالنسبة إلى عوامهم وفي زرعهم عن عاداتهم خرج كما علمت، ويلزم تحريم أكل الثمار في هذه البلدان

لو الخراج أكثر زيلی (ويقطعها المشتري في الحال) جبراً عليه (وإن شرط تركها على الأشجار فسد) البيع كشرط القطع على البائع حاوی (وقيل) قائله محمد (لا) يفسد (إذا تناهت) الثمرة للتعارف فكان شرطاً يقتضيه العقد (وبه يفتى) بجر عن الأسرار لكن في القهستانی عن المضمرات أنه على قولها الفتوى فتنبه قيد باشتراط الترك لأنه لو شراها مطلقاً وتركها لم يفسد البائع طالبه الزيادة وإن تغير إذنه تصدق بما زاد في ذاتها وإن بعد ماتناته لم يتصدق بشيء ، وإن استأجر الشجر إلى وقت الإدراك بطلت الإجارة وطابت الزيادة لبقاء الإذن

إذ لا تنبأ إلا كذلك والنبي صلى الله عليه وسلم إنما رخص في السلم للضرورة مع أنه بيع المعلوم ، فحيث تحققت الضرورة هنا أيضاً أمكن إلحاقه بالسلم بطريق الدلالة ، فلم يكن مصادماً للنص ، فلذا جعلوه من الاستحسان ، لأن القياس عدم الجواز ، وظاهر كلام المتبحر الميل إلى الجواز ولذا أورده الرواية عن محمد بل تقدم أن الحلواني رواه عن أصحابنا وماضى الأمر إلا اتسع ولا ينبغي أن هذا مسوغ للعدول عن ظاهر الرواية كما يعلم من رسالتنا المسماة نشر العرف في بقاء بعض الأحكام على العرف فراجعها (قوله لو الخراج أكثر) ذكر في البحر عن الفتح أن ما نقله شمس الأئمة عن الإمام الفضل لم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد أكثر بل قال عنه أجعل الموجود أصلاً ، وما يحدث بعد ذلك تبعاً (قوله ويقطعها المشتري) أي إذا طلب البائع تفريغ ملكه وهذا راجع لأصل المسألة (قوله جبراً عليه) مفاده أنه لا خيار للمشتري في إبطال البيع إذا امتنع البائع عن إبقاء الثمار على الأشجار ، وفيه بحث لصاحب البحر والنهر سيذكره الشارح آخر الباب (قوله فسد) أي مطلقاً كما يرشد إليه التفصيل في القول المقابل له فافهم . وعمل في البحر الفساد بأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير (قوله كشرط القطع على البائع) في البحر عن الولوالجية : باع عبداً جزافاً وكذا الثوم في الأرض والجزر والبصل ، فعلى المشتري قطعه إذا خلى بينه وبين المشتري لأن القطع إنما يجب على البائع إذا وجب عليه الكيل أو الوزن ولم يجب لأنه لم يبيع مكايلاً ولا موازنة (قوله وبه يفتى) قال في الفتح : ويجوز عند محمد استحساناً وهو قول الأئمة الثلاثة ، واختاره الطحاوی لعموم الباب (قوله بجر عن الأسرار) عبارة البحر وفي الأسرار الفتوى على قول محمد ، وبه أخذ الطحاوی وفي المنتقى ضم إليه أبا يوسف وفي التحفة والصحيح قولها (قوله لكن في القهستانی عن المضمرات) حقه أن يقول عن النهاية ، لأن عبارة القهستانی مع المتن وشرط تركها على الشجر والرضا به يفسد البيع عندهما ، وعليه الفتوى كما في النهاية ، ولا يفسد عند محمد إن بدأ صلاح بعض وقرب صلاح الباقي وعليه الفتوى كما في المضمرات اهـ وما نقله القهستانی عن المضمرات تخالف لما في النهاية والفتح والبحر وغيرها من حكاية اختلاف في الذي تناهى صلاحه ، فإنه صريح في تناهي الصلاح لا في بدوه وأيضاً المتبادر منه صلاح الكل تأمل (قوله فتنبه) أشاره إلى اختلاف التصحيح وتغيير المفتي في الإفتاء بأيهما شاء لكن حيث كان قول محمد هو الاستحسان يترجح على قولها تأمل (قوله قيد باشتراط الترك) أي قيد المصنف الفساده (قوله مطلقاً) أي بلا شرط ترك أو قطع وظاهره ولو كان الترك متعارفاً مع أنهم قالوا المعروف عرفاً كالشرط ناصلاً مقتضاه فساد البيع وعدم حل الزيادة تأمل (قوله طالب له الزيادة) هي مازاد في ذات المبيع فلا ينافي ما قدمناه مع أنه لو أثمرت ثمراً آخره ، فإن قبل القبض فسد البيع أو بعده يشتركان فيه لأن ذلك في الزيادة على المبيع مما لم يقع عليه البيع ، وهذا في زيادة ما وقع عليه البيع كما أفاده في النهر : وحاصله : أن المراد هنا الزيادة المتصلة لا المنفصلة (قوله تصدق بما زاد في ذاتها) لحصوله بجهة محظورة بجر وتعرف الزيادة بالتقويم يوم البيع والتقويم يوم الإدراك فالزيادة تفاوت ما بينهما ط عن المعنى (قوله لم يتصدق بشيء) نعم عليه ثم غصب المنفعة فتح (قوله بطلت الإجارة) وإن عين المدة درستى ، فإن أصل

ولو استأجر الأرض لترك الزرع فسدت بجهالة المادة ، ولم تطب الزيادة ملحق الأجر لفساد الإذن بفساد الإجارة بخلاف الباطل كما حررناه في شرحه : والحيلة أن يأخذ الشجرة - معاملة على أن له جزءاً من ألف جزء - أن يشتري أصول الرطبة كالباذنجان وأشجار البطيخ والخيار ليكون الحادث للمشتري

الإجارة متضمنة القياس فيها البطلان إلا أن الشرع أجازها للحاجة فما فيه تعامل ، ولا تعامل في إجارة الأشجار المخردة فلا يجوز وكذا لو استأجر أشجاراً ليحفظ عليها ثيابه لم يجز ذكره السكرخي فتح (قوله لترك الزرع) الأولى تعبير الهداية وغيرها بقوله إلى أن يدرك الزرع أي إلى وقت إدراكه بلا ذكر مدة (قوله ولم تطب الزيادة) أي الزيادة على الثمرة وعلى ما غرم من أجرة المثل ط عن العيني ،

مطلب فساد المتضمن بوجوب فساد المتضمن

(قوله كما حررناه في شرحه) ونصه لفساد الإذن بفساد الإجارة وفساد المتضمن بوجوب فساد المتضمن بخلاف الباطل ، فإنه معدوم شرعاً أصلاً ووصفاً ، فلا يتضمن شيئاً فكانت مباشرته عبارة عن الإذن اهـ . وحاصل الفرق كما في الفتح وغيره : أن الفاسد له وجود لأنه فاسد الوصف دون الأصل فكان الإذن ثابتاً في ضمنه فيفسد بخلاف الباطل فإنه لا وجود له أصلاً فلم يوجد إلا الإذن ولا يفتى أن هذا (۱) . لمرق بناتي ما مر أول البيوع من أن البيع بعد عقد فاسد أو باطل لا ينعقد قبل مائة العقد الأول ، وبناي فروعا أخرى مذكورة في آخر الفن الثالث من الأشباه عند قوله فائدة إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه فراجعها متأملاً (قوله والحيلة) في أن يطيب للمشتري ما زاد في ذات المبيع وما لم يكن بارزاً وقت العقد (قوله أن يأخذ) أي المشتري (قوله معاملة) أي مسافة لمدة معلومة كما في القنية (قوله على أن له الخ) أي البائع قال في شرحه على المتن : وينبغي أن يقول المشتري للبائع بعد ما دفع الثمن أخذت منك هذا الشجر معاملة على أن لك جزءاً من ألف جزء وإلى ألف جزء إلا جرداً أي من الثمر ذكره الشئ ، وفيه أن المشتري قد أخذ الثمر شراء فكيف يأخذه معاملة إلا أن يقال إنه دفع له الثمن على وجه الثمرة ويكون الاعتبار على عقد المعاملة اهـ

قلت : الشراء إنما وقع على البارز وقت العقد والمعاملة لأجل طيب ما لم يبرز بعد وطيب ما زاد (۲) في ذات البارز نعم هذه الحيلة إنما تنأى إذا لم يكن الشجر وقفاً أو لينم لعدم الحفظ والمصلحة في أخذه جزءاً من ألف جزء والباقي للمشتري كما ذكر الشارح نظيره في أول كتاب الإجارة (قوله وأن يشتري الخ) هذه حيلة ثانية ، وبيانها أن المشتري إما أن يكون مما يوجد شيئاً فشيئاً وقد وجد بعضه أو لم يوجد منه شيء كالباذنجان والبطيخ والخيار أو يوجد كله لكنه لم يدرك كالأرز والحشيش ، أو يكون وجد بعضه دون بعض كثمر الأشجار المختلفة الأنواع ففي الأول يشتري الأصول ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة بباقى الثمن ، ثانياً يورده البائع بالقلع قبل خروج الباقي أو قبل الإدراك ، وفي الثاني يشتري الموجود من الحشيش والأرز ، ويستأجر الأرض كما قلنا وفي الثالث يشتري الموجود من الثمر بكل الثمن ، ويحل له البائع ما سيوجد ، لأن استئجار الأرض لا يثنى ها

(۱) (قوله ولا يفتى أن هذا الخ) قال شيخنا لاحتفاء أصلاً فإن فساد البيع بالتماطل به الباطل لا يتضمن اعتباراً لآل إما حكماً بطلانه قبل الماتكة لانهاهم حالها أن هذا القليل يحكم بالحق السابق زماً منها اعتباراً وثبوت حكمه وليس في هذا ما يدل على إيجابها له وقوله وهناك فروعا أخرى الخ لفتن تلك الفروع فقلها من هذا القليل فيتم ما قاله الشارح من التعليل اهـ .
(۲) (قوله وطيب ما زاد الخ) حاصله أنه اشترى الثمر للذي تسمى بروزه ولم يتم صلاحه فالحيلة في إبقائها أخذ الأشجار مسافة وفيه أن عقد المسافة حينئذ يكون وارداً على ما هو ملوك له فيحتاج حينئذ لما أجاب به في شرح المتن في هذا دون ما لم يتناه بروزه .

وفي الزرع والحشيش يشتري الموحود ببعض الثمن ويستأجر الأوحص مدة معاومة يعلم فيها الإدراك ببناء الثمن وفي الأشجار الموحود ويحل له البائع ما يوجد ، فإن خاف أن يرجع يقول على أنى متى رجعت في الإذن تكون ما ذنا في الترك ضمنى ملجعا (ماجاز لمراد العقد عليه بانفراده صح استثناءه منه) إلا الوصية بالخدمة يصح إفرادها دون استثناء أشباه فرع على هذه القاعدة بقوله (فصح استثناء) قفيز من صبرة وشاة معينة من قطع و (أرطال ، حلومة من بيع تمر غلة)

لأن الأشجار باقية على ملك البائع ، وقيامها في الأرض مانع من صحة استئجار الأرض إلا أن يأخذها أولا معاملة كما مر لأنها تصير في تصرفه أو تكون الأشجار على السنةا فلنأخذ حينئذ لا تمنع صحة إجارة الأرض كما يعلم من بابها وسألة الإحلال تنافي في الأول والثاني أيضا (قوله ببعض الثمن) تنازع فيه بشتري الأول وبشتري الثاني في المسالكين وقوله ويستأجر الأرض راجع للمساكين أيضا كما علم مما قررناه (قوله وفي الأشجار الموحود) أى وفي ثمار الأشجار يشتري الموحود منها (قوله فإن خاف الخ) قال في جامع الفصولين أقول: كتبت في لطائف الإشارات أنهم قالوا ، قال وكذلك بكذا على أنى كلما عزلت فأنت وكلي صح وقيل لا فإذا صح يبطل العزل (١) . عن المعلقة قبل وجود الشرط عند أبي يوسف ، وجوزوه محمد فيقول في عزله رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلت عن الوكالة المنجزة اه روى .

وحاصله : أنه على قول محمد يمكن الرجوع هنا عن الإحلال بأن يقول : رجعت عن الإحلال المعلق وعن المسجر فيعين حينئذ الإحتيال بالعالملة على الأشجار كما مر (قوله في الترك) المناسب في الأكل لأن فرض المسألة أنه أحل له ما يوجد في المستقبل والترك إنما يناسب الموحود إلا أن يدعى أن المراد ما يوجد من الزيادة في ذات المبيع الموحود .

[تنمة] اشترى الثمار على رهوس الأشجار ، فرأى من كل شجرة بعضها ثبت له خيار الرؤية بحر ، ثم ذكر حكم بيع المغيب في الأرض وسيأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى في أول البيع الفاسد (قوله ماجاز لمراد العقد عليه الخ) هذه قاعدة مذكورة في عامة المعترات وفرع عليها مسائل منها ما ذكرهنا منقح (قوله صح استثناءه منه) أى من العقد كما هو مصرح به في عبارة الفتح ، وهذا أولى من جعل الضمير في منه راجعا للمبيع المعلوم من المقام فأفهم ، ولا يصح إرجاعه إلى ما لآنها واقعة على المستثنى ، فيلزم استثناء الشيء من نفسه كما لا يخفى قال في الفتح وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناءه بخلاف استثناء الحمل من الجارية أو الشاة وأطراف الحيوان لا يجوز كما لو باع هذه الشاة إلا ألبها أو هذا العبد إلا يده ، فيصير مشتركا بتميز بخلاف مالو كان مشتركا على الشيوع فإنه جائز اه : أى كبيع العبد إلا نصفه مثلا لأنه غير متميز في جزء بعينه بل شائع في جميع أجزائه فيجوز (قوله يصح إفرادها) بأن يوصى بها وحدها بدون الرقبة اه ح (قوله دون الاستثناء (٢)) بأن يوصى له بعد دون خدمته اه ح وقيد بالخدمة لأن الحمل يصح استثناءه في الوصية ، حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية والفرق أن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيها في البطن بخلاف الخدمة والغلة كالخدمة بحر من البيع الفاسد (قوله وشاة معينة من قطع) أما لو غير معينة فلا يجوز ككتاب غير معين من عند أهله في البحر

(١) قوله (يبطل العزل الخ) أى لأن المعلقة لا تصحق إلا بوجود الشرط وهو العزل من المنجزة فقبل وجود شرط المعلقة لا يصح العزل منها فقوله قبل وجود الشرط أى شرط المعلقة اه .
(٢) قوله (دون الاستثناء) هكذا وجد في نسخ المصاحح دون استثناءها ولها نسخة أخرى كتب عليها اه .

لصحة إيراد العقد عليها ولو التزم على رؤوس النخل على الظاهر (ك) لصحة (بيع بر في سنبلة) بغير سنبلة البر .
لاحتمال الربا (وباقلاء وأرز وسقم في قشرها وجوز ولوز وفستق في قشرها الأول) وهو الأعلى وعلى البائع إخراجه إلا إذا باع بمافيه وهل له خيار الرؤية؟ الوجه نعم فتح ، وإنما بطل بيع مافى ثمر وقطن وضرع

(قوله وأرطال معلومة) أفاد أن محل الاختلاف الآتي ما إذا استثنى معينا، فإن استثنى جزءا كربع وثلاث فإنه صحيح اتفاقا كما في البحر عن البائع .

قلت : وجهه أن ما يقدر بالرطل شيء معين ، بخلاف الربع مثلا فإنه غير معين ، بل هو جزء شائع كما قلنا .
أما ونظيره ما قدمناه عند قوله وفسد بيع عشرة أذرع من مائة ذراع من دارلا أسهم ، وقيد بالأرطال لأنه لو استثنى رطلا واحدا جاز اتفاقا لأنه استثناء القليل من الكثير ، بخلاف الأرطال لجواز أن لا يكون إلا ذلك القدر فيكون استثناء الكل من الكل بحر عن البنية ، ومقتضاه أنه لو علم أنه بقي أكثر من المستثنى يصح ولو المستثنى أرطالا على رواية الحسن الآتية وهو خلاف ما يدل عليه كلام الفتح من تعليل هذه الرواية بأن الباقي بعد إخراج المستثنى ليس مشارا إليه ولا معلوم الكيل المخصوص ، فكان مجهولا وإن ظهر آخرها أنه بقي مقدار معين لأن المسند هو الجهة القائمة به .
ومقتضاه الفساد باستثناء الرطل الواحد أيضا على هذه الرواية تأمل (قوله لصحة إيراد العقد عليها) أى على التقدير والشاة المعينة والأرطال المعلومة ، وهو تعليل لقوله فصيح أفاد به دخول ما ذكر تحت القاعدة المذكورة (قوله ولو التزم على رؤوس النخل) فيصح إذا كان مجنوبا بالأولى لأنه محل وفاق (قوله على الظاهر) متعلق بقوله فصيح ومقابل ظاهر الرواية رواية الحسن عن الإمام أنه لا يجوز واختاره الطحاوى والقدرى ، لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول وفي الفتح أنه أقصى مذهبه الإمام في مسألة بيع الصبرة وأجاب عنه في النهر فراجع (قوله بغير سنبلة البر) متعلق ببيع والباه فيه للبذل قال الخبير الرمل في حاشية البحر ، وسياق في الربا أن بيع الحنطة الخالصة بمنطاة في سنبلة لا يجوز ، ويجب تقييده بما إذا لم تكن الحنطة الخالصة أكثر من التي في سنبلة ، وقد صرح بذلك في الخاتمة ، ويعلم بذلك أنه يجوز بيع التي في سنبلة مع الأخرى التي في سنبلة مع صرفا للجنس إلى خلاصه اه :
وبه ظهر أن قول المصنف كبيع بر في سنبلة إن أراد به بيع الحب فقط كما يشعر به قول الشارح الآتي وعلى البائع إخراجه فتقيده بقوله بغير سنبلة البر احتراز عما إذا باعه بسنبلة البر أى بالبر مع سنبلة ، فإنه لا يجوز إذا لم يكن الحب الخالص أكثر أما إذا كان أكثر يكون الزائد بمقابلة الثمن فيجوز ، وإن أراد به بيع البر مع السنبلة ، فلا يصح تقييده بقوله بغير سنبلة لما علمت من جواز بيعه بمثله بأن يجعل الحب في أحدهما بمقابلة الثمن في الآخر (قوله لاحتمال الربا) تعليل للمفهوم ، وهو أنه لو بيع بسنبلة البر لا يجوز لاحتمال أن يكون البر الذى يبيع وحده مساويا للبر الذى يبيع مع سنبلة ، أو أقل فيكون الفضل ربا إلا إذا علم أن ما يبيع وحده أكثر كما قلنا آنفا (قوله وباقلاء) هو القول بحر على وزن فاعلاء بشدد فيقصر ، ويخفف فيمد الواحدة باقلاء في الوجهين مصباح (قوله في قشرها الأول) وكذا الثاني بالأولى لأن الأول فيه خلاف الشافعى (قوله فعلى البائع إخراجه (۱)). في البزاية لو باع حنطة في سنبلة لزم البائع الدوس والتلوية بحر . وكذا الباقلاء وما بعدها (قوله إلا إذا باع بمافيه) عبارته في الدر المنثور إلا إذا بيعت بما هي فيه اه وهي أوضح يعنى إذا باع الحنطة بالثمن لا يلزم البائع تحليصه ط (قوله الوجه نعم) لأنه لم يره فتح وأقره في البحر والنهر (قوله وإنما بطل البيع) قال في الفتح وأورد المطالبة بالفرق بين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه ، أو نوى تمر في تمر بعينه أى باع مافى هذا القطن من الحب ، أو مافى هذا التمر من النوى فإنه لا يجوز

(۱) قوله (فعلى البائع إخراجه) هكذا بخطه والذي قد نسخ الشارح وحل بالغ بالواو اه مصححه .

من لوى وحب ولين لأنه معدوم عرفا (وأجرة كيل ووزن وعدّ وذرع على بائع) لأنه من تمام التسليم (وأجرة وزن ثم وثقه) وقطع ثم وإخراج طعام من سفينة (على مشتر) إلا إذا قبض البائع الثمن ثم جاء برده بعيب الزبافة : [فرع] ظهر بعد نقد الصراف أن الدرهم زبوفرد الأجرة وإن وجد البعض فبقدره من إجارة البزاية وأما الدلال فإن باع العين بنفسه بإذن ربه فأجرته على البائع وإن سعى بينهما وباع المالك بنفسه يعتبر العرف وتماه في شرح الوهبانية (ويسلم الثمن أولا في بيع سلعة بدنانير ودرهم) إن أحضر البائع السلعة (وفي بيع سلعة بمثلهما

مع أنه أيضا في غلامه أشار أبو يوسف إلى الفرق بأن الثوى هناك معتبر عدما هالكا في العرف فإنه يقال هذا تمر وقطن : ولا يقال هذا نوى في تمره ، ولا حب في قطه ويقال هذه حنطة في سنبها ، وهذا لوز وفستق في قشره ولا يقال : هذه قشور فيها لوز ، ولا يذهب إليه وهم وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والأكلية والأكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزبوعون والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لأن كل ذلك متعذر في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في عمله وكذا الباقي اهـ (قوله من لوى الخ) شرطه (قوله لأنه من تمام التسليم) إذ لا يحقق تسليم المبيع إلا بكيله ووزنه ونحوه ومعلوم أن الحاجة إلى هذا إذا باع مكايلة أو موازنة ، ومحوه إذ لا يحتاج إلى ذلك في المجازفة وكذا صاحب الحنطة في وعاء مشترى على البائع فتح (قوله وأجرة وزن ثمن ونقده) أما كون أجرة وزن الثمن على المشتري فهو باتفاق الأئمة لأربعة . وأما الذي فهو ظاهر الرواية وبه كان يقضى الصدر الشهيد وهو الصحيح كما في الخلاصة لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد وتمره بالنقد كما يعرف المتقار بالوزن ولا فرق بين أن يقول درهمي منقودة أولا هو الصحيح خلافا لمن فصل وتمره في التهر (قوله وقطع تمر) في الفتح عن الخلاصة : وقطع العنب المشتري جزافا على المشتري وكذا كل شيء باعه جزافا كالتمر والبصل والجوز إذا خلى بينها وبين المشتري ، وكذا قطع التمر يعني إذا خلى بينها وبين المشتري اهـ (قوله إلا إذا قبض البائع الثمن الخ) أى فإن أجرة النقد على البائع لأنه من تمام التسليم ، وشرط لزوم الرد إذ لا تثبت زبافته إلا بنقده قال في البحر : وأما أجرة نقد الدين فعلى المدينين إلا إذا قبض رب الدين الدين ، ثم ادعى عدم النقد فالأجرة على رب الدين لأنه بالنقد دخل في ضمانه (قوله فبقدره) أى فبدر من الأجرة بقدر ما ظهر زبافا ، فبدر نصف الأجرة إن ظهر نصف الدرهم زبوفاء ، وما عزا إلى البزاية رأيته أيضا في الخلاصة وقالوا للجلية . ورأيت مقولا عن المحيط أنه لا أجر له بظهور البعض زبوفاء لأنه لم يوف عمله ولا ضمان عليه (قوله فأجرته على البائع) وليس له أخذ شيء من المشتري ، لأنه هو العاقد حقيقة شرح الوهبانية وظاهره أنه لا يعتبر العرف هنا لأنه لا وجه له (قوله يعتبر العرف) فتجب الدلالة على البائع أو المشتري أو عليهما بحسب العرف جامع القسولين (قوله إن أحضر البائع السلعة) شرط لإلزام المشتري بتسليم الثمن أولا والشرط أيضا كون الثمن حالا ، وأن لا يكون في البيع خيار للمشتري . فلا يطالب بالثمن قبل حاول الأجل ولا قبل سقوط الخيار : وأفاد أن البائع حبس المبيع حتى يستوفى كل الثمن ، فلو شرط دفع المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع لأنه لا يقضي العقد ، وقال محمد لجهة الأجل ، فلو سمي وقت تسليم المبيع جاز وله الحبس وإن بقى منه درهم كما في البحر : وفي الفتح والدرامتنق : لو هلك المبيع بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بأمر سادى ، بطل البيع ويرجع بالثمن لو مقبوضا وإن هلك بفعل المشتري ، فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقا أو بشرط اختيار له ، وإن كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله إن كان مثليا وقبضته إن كان قيميا ، وإن هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع فيضمن الجاني للبائع ذلك ، وإن شاء أمضاه ودفع الثمن واتبع الجاني ، ويطلب له الفضل إن كان الضمان من خلاف الثمن وإلا فلا اهـ :

أو ثمن بمثله (سليما معا) مالم يكن أحدهما ديناً كسليم و ثمن مؤجل ثم التسليم يكون بالتخليّة على وجه يتمكن من القبض

مطلب في حبس المبيع لقبض الثمن وفي هلاكه وما يسكون قبضا

[فتنیه] للبائع حبس المبيع إلى قبض الثمن ، ولو بقي منه درهم ولو المبيع شيئين بصفقة واحدة ، وسوى لكل ثمناً فله حبسهما إلى استيفاء الكل ، ولا يسقط حق الحبس بالرهن ولا بالكفيل ، ولا بإبرائه عن بعض الثمن حتى يستوفى الباقي ، ويسقط بحالة البائع على المشتري بالثمن اتفاقاً وكذا بحالة المشتري البائع به على رجل عند أبي يوسف ، وعند محمد فيه روليتان ، وبأجل الثمن بعد البيع وبتسليم البائع المبيع قبل قبض الثمن فليس له بعده رده إليه بخلاف ما إذا قبضه المشتري بلا إذنه إلا إذا رآه ولم يمنعه من القبض فهو إذن ، وقد يكون القبض حكماً قال محمد كل تصرف يجوز من غير قبض إذا فعله المشتري قبل القبض لا يجوز وكل ما لا يجوز إلا بالقبض كالمدة إذا فعله المشتري قبل القبض جاز ، ويصير المشتري قابضاً ما لم يأن قبض الموهوب له بقوم مقام قبض المشتري ومن القبض ما لو أودعه المشتري عند أجنبي أو أعاره وأمر البائع بالتسليم إليه لا لو أودعه ، أو أعاره أو أجره من البائع أو دفع إليه بعض الثمن ، وقال تركته عندك وهنا على الباقي ومنه ما لو قال للفلان : تعال معي واشتر فتخطى أو أعتقه أو أتلف المبيع أو أحدث فيه عيباً أو أمر البائع بذلك ففعل أو أمره بطحن الخنطة فطحن ، أو وطى الأمة فحبلت ، ومنه ما لو اشترى دهنًا ودفع قارورة بزنه فيها فوزنه فيها بخضرة لمشتري ، فهو قبض وكذا بغيره في الأصح ، وكذا كل مكيل أو موزون إذا دفع له الرءاء فكاله أو وزنه فيه بأمره ، ومنه ما لو غصب شيئاً ثم اشتراه صار قابضاً بخلاف الوديعة والعارية إلا إذا وصل إليه بعد التخليّة ولو اشترى ثوباً أو حنطة فقال للبائع : به قال الإمام الفضل : إن كان قبل القبض والرؤية كان مسخاً ، وإن لم يقل البائع نعم ، لأن المشتري ينفرد بالفسخ في خيار الرؤية ، وإن قال به لى أى كن وكيفاً في الفسخ فلم يقبل البائع لا يكون فسخاً ، وكذا لو بعد القبض والرؤية لكن يكون وكيفاً بالبيع سواء قال به أو به لى هذا كله ملخص ما في البحر (قوله) أو ثمن بمثله (المراد بالثمن النقود من الدراهم والدنانير لأنها خلقت أثماناً ولا تتعين بالتحسين (قوله ساهما معا) لا سواهما في التحسين في الأول وفي عدمه في الثاني ، أما في بيع سلعة بثمن فلما تعين حق المشتري في المبيع ، فلذا أمر بتسليم الثمن أولاً ليتعين حق البائع أيضاً تحقيقاً للمساواة (قوله مالم يكن النخ) الظرف الذى لايت عنه ما المصدورية الظرفية متعلق بقوله : ويسلم الثمن فكان المناسب ذكره عقب قوله إن أحضر البائع السلعة بأن يقول ولم يكن ديناً النخ (قوله كسليم و ثمن مؤجل) تمثيل لما إذا كان أحد العوضين ديناً فالأول مثال المبيع لأن المراد بالسليم المسلم فيه والثاني مثال الثمن (قوله ثم التسليم) أى في المبيع والثمن ولو كان البيع فاسداً كما في البحر ط .

مطلب فيما يسكون قبضا للمبيع

(قوله على وجه يتمكن من القبض) فلو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح إليه وقال : خلعت بيتك وبينها ، فهو قبض وإن دفعه ولم يقل شيئاً لا يكون قبضاً وإن باع داراً غائبة فقال : سلمتها إليك فقال قبضتها ، لم يكن قبضاً ، وإن كانت قريبة كان قبضاً : وهى أن تكون بحال بقدر على إغلاقها وإلا فهى بعيدة ، وفي جمع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسام إذا تباهلته فتحه بلا كلفة ، وكذا لو اشترى بقرًا في السرح فقال البائع : إذهب واقتض إن كان يرى بحيث يمكنه الإشارة إليه يكون قبضاً ، ولو اشترى ثوباً فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه

بلا مانع ولا حائل وشرط في الأجتناس شرطاً ثالثاً وهو أن يقول خلّيت بينك وبين المبيع فأولم يقبله أو كان بعيداً لم يهرق قبضاً والناس عنه غافلون ، فإنهم يشترطون قرينة ويقرون بالتسليم والقبض ، وهو لا يصح به القبض على الصحيح

حتى أخذه إن كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم ، وإن كان لا يمكنه إلا بقيام لا يصح ، ولو اشترى طيراً أو فرساً في بيت ، وأمره البائع بقبضه ففتح الباب فذهب إن أمكنه أخذه بلا عون كان قبضاً ، وتعامه في البحر :

مطالب في شروط التخلية

وحاصله : أن التخلية قبض حكاماً لو مع القدرة عليه بلا كلفة لكن ذلك يختلف بحسب حال المبيع ، ففي نحو حطة في بيت مثلاً فدفع المفتاح إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض وفي نحو دار فالقدرة على إغلاقها قبض أي بأن تكون في البلد فيما يظهر ، وفي نحو بقر في مرعى فكونه بحيث يرى ويشار إليه قبض وفي نحو ثوب ، فكونه بحيث لا يديه تصل إليه قبض وفي نحو فرس أو طير في بيت إمكان أخذه منه بلا معين قبض (قوله بلا مانع) بأن يكون مغزلاً غير مشغول بحق غيره ، فلو كان المبيع شاغلاً كالخنطة في جوالق البائع لم يمنعه بحر . وفي الملقط : ولو باع داراً وسلمها إلى المشتري وله فيها متاع قليل أو كثير لا يكون تسليماً حتى يسلمها فارغة ، وكذا لو باع أرضاً وفيها زرع اه وفي البحر عن الفتية : لو باع حطة في سبيلها فسلمها كذلك لم يصح كقطع في فراش ، ويصح تسليم ثمار الأشجار وهي عليها بالتخلية وإن كانت متصلة بملك البائع وعن الوري المتاع لغير البائع لا يمنع ، فأولم يقبض المتاع والبيت صريح وصار المتاع ودبعة عنده اه :

مطالب اشترى داراً مأجورة لا يطالب بالثمن قبل قبضها

قلت : ويدخل في الشغل بحق الغير ما لو كانت الدار مأجورة ، فليس للبائع مطالبة المشتري بالثمن ، لعدم قبض وهي واقعة الفتوى سئل عنها ورأيت نقلها في الفصل الثاني والثلاثين من جامع الفصولين : باع المستأجر ورضى المشتري أن لا يفسخ الشراء إلى مضي مدة الإجارة ثم يقبضه من البائع ، فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل قبضها ولا للبائع مطالبة المشتري بالثمن ما لم يجعل المبيع محل التسليم ، وكذا لو شري غائباً لا يطالبه بثمنه ما لم يتبأ المبيع للتسليم اه (قوله ولا حائل) بأن يكون في حضرته اه وح قد علمت بيانه (قوله أن يقول خلّيت الخ) الظاهر أن المراد به الإذن بالقبض لا خصوص لفظ التخلية ، لما في البحر ولو قال البائع للمشتري بعد البيع : خذ لا يكون قبضاً ولو قال خذ يكون تخلية إذا كان يصل إلى أخذه اه وفي الفروع المارة ما يدل عليه أيضاً (قوله أو كان بعيداً) أي وإن زال خلّيت الخ كإمره والمراد بالبعد ما لا يقدر على قبضه ، بلا كلفة ويختلف باختلاف المبيع ، كما قررناه أو المراد به حقيقة ويقاس عليه ما شابه (قوله وهو لا يصح به القبض) أي الإقرار المذكور ولا يتحقق به القبض وقيد بالقبض لأن العقد في ذاته صحيح ، غير أنه لا يجب على المشتري دفع الثمن لعدم القبض (قوله على الصحيح) وهو ظاهر الرواية ، ومقابلته ما في المحيط ، وجامع شمس الأئمة أنه بالتخلية يصح القبض وإن كان العقار بعيداً غائباً عنهما عند أبي حنيفة خلافاً لما ، وهو ضعيف كما في البحر . وفي الخاتمة والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لأنه إذا كان قريباً بتصويره فيه القبض الحقيقي في الحال ، فتمام التخلية مقام القبض ، أما إذا كان

وكذا الهبة والصدقة خائية ونمائه فيها علقناه على الملتقى (وجده) أى البائع الثنى (زيوفا ليس له استرداد السلعة وحسبها به) لسقوط حقه بالتسليم . وقال زفر : له ذلك ، كما لو وجدها رصاصا أو ستوقه أو مستحقا وكالمترتن منية .

بعيدا لا ي تصور القبض في الحال فلا تقام التخلية مقام القبض اه هذا ثم إن ماذكره الشارح هنا نقل مثله في أواخر الإجازات عن وقف الأشياء :

ثم قال : قلت : لكي نقل محشبا ابن المصنف في رواهر الجواهر عن يروع فتاوى قارى الهداية أنه متى مضى مدة يتمكن من الذهاب إليها والدخول فيها كان قابضا وإلا فلا فتنه اه :

قلت : لكي أنت خبير بأن هذا مخالف للروايتين ، ولا يمكن التوفيق بحمل ظاهر الرواية عليه ، لأن المعبر فيها القرب الذي يتصور معه حقيقة القبض كما علمته من كلام الخانية (قوله وكذا الهبة والصدقة) أى لا تكون تخلية البعيد فيها قبضا قال في البحر : وعلى هذا تخلية البعيد في الإجارة غير صحيحة فكذا الإقرار بقسملها اه :

قلت : ومفاده أن تخلية القريب في الهبة قبض ، لكن هذا في غير الفاسدة كما في الخانية حيث قال : أجمعوا على أن التخلية في البيع الجائز تكون قبضا وفي البيع الفاسد روايتان ، والصحيح أنه قبض وفي الهبة الفاسدة كالمية في المشاع الذي يحتمل القسمة لا تكون قبضا بإتفاق الروايات . واختلفوا في الهبة الجائزة ذكر الفقيه أبو الليث أنه لا يصير قابضا في قول أبي يوسف وذكر شمس الأئمة الحلواني أنه لا يصير قابضا ولم يذكر فيه خلافا اه :

[تنم] في البرازية قبض المشتري المشتري قبل نقده بلا إذن البائع ، فطلبه منه فخلى بينه ، وبين البائع لا يكون قبضا حتى يقبضه بيده ، بخلاف ما إذا خلّى البائع بينه وبين المشتري اشترى بكرة مريضة وحلاها في منزل البائع قالوا إن هلكت ففي ومات ، فمن البائع لعدم القبض وكذا لو قال للبائع : سقها إلى منزلك فأذهب فأنسلمها ، فهلكت حال سوق البائع فإن ادعى البائع التسليم فالقول للمشتري قال المشتري للعبد : اعمل كذا أو قال للبائع مره يعمل كذا فعلم ففعل العبد هلك من المشتري لأنه قبض قال المشتري للبائع : لا أعتمدك على المبيع ، فسلمه إلى فلان بمسكه حتى أدفع لك الثمن ففعل البائع وهلك عند فلان هلك من البائع ، لأن الإمسالك كان لأجله . اشترى وعاء ابن خاتر في السوق فأمر البائع بنقله إلى منزله فسقط في الطريق فعلى البائع إن لم يقبضه المشتري : اشترى في المصر حطباً ففصبه غاصب حال حمله إلى منزله فمن البائع ، لأن عليه التسليم في منزل الشاري بالعرف : قال للبائع زله له وابته مع غلامك أو غلامى ففعل وانكسر الوعاء في الطريق فالظن من البائع ، إلا أن يقول ادفعه إلى الغلام ، لأنه توكل للغلام والدفع إليه كالدفع إلى المشتري اه (قوله لسقوط حقه بالتسليم) فيه أن التسليم موجود أيضا فيما لو وجده رصاصا أو ستوقه ، الأولى التعايل بما في المنع بأنه استوفى أصل حقه فلا يكون له حق نقض التسليم اه أى لأن الزيوف دراهم لكنها معيبة ومثلها النهرجة كما في المنية ، بخلاف الرصاص والستوقه إنما ليست دراهم فلم وجد قبض الثمن أصلا فله نقض التسليم ، وأفاد أن هذا لو سلم المبيع ، أما لو قبضه المشتري بلا إذن البائع فله نقضه في الزيوف وغيرها كما في البرازية (قوله كالمو وجدها) الأولى وجده : أى الثمن المحدث عنه (قوله أو مستحقا) أى بأن أثبت رجل أن المقبوض حقه قسيت للبائع استرداد السلعة لا تنقاض الاستيفاء (قوله وكالمترتن) عبارة منية للملقى : والمترتن يسترد في الوجوه كلها اه أى في الزيوف والرصاص وغيرها : أى أو قبض دينه وسلم الرهن أراهنه ثم ظهر ما قبضه زيوفا أو رصاصا أو ستوقه أو مستحقا فإنه يسترد الرهن :

[تنبيه] لو تصرف المشتري في المبيع بعد قبضه ، فيما أوجهه ثم وجد البائع الثمن كذلك لا ينقض التصرف ،

(قبض) بدل درامہ (الجیاد) التي كانت له على زيد (زيوفا) على ظن أنها جیاد (ثم علم) بأنها زيوف (بردها ويسترد الجیاد) إن كانت (قائمة وإلا فلا) يرد ولا يسترد ، كما لو علم بذلك عند القبض . وقال أبو یوسف يرد مثل الزيوف ويرجع بالجیاد ، كما لو كانت رصاصا أو ستوة .
(اشترى شيئا وقبضه ومات مقلسا قبل نقد الثمن فالبائع أسوة للغرماء . و) عند الشافعي رضى الله عنه هو أحق به كما (لو لم يقبضه) المشتري (فإن البائع أحق به) اتفاقا .
ولما قوله عليه الصلاة والسلام « إذا مات المشتري مقلسا فوجد البائع متاعه بعينه فهو أسوة للغرماء » شرح مجمع العيني .

لأن تصرف المشتري بعد القبض بإذن البائع كتصرفه ، وإن كان قبضه بعد نقد الثمن بلا إذن البائع وتصرف فيه ثم وجد الثمن كذلك بقض من التصرفات ، باحتمال النقض ولا يقض مالا يحتمل النقض بزاية وما يحتمل النقض كالتبعية والموت مالا يحتمل كالعقود وفروعه (قوله وإلا) أي وإن لم تكن قائمة سواء كانت هالكة أو مستهلكة در (قوله كما لو علم بذلك) أي بأنها زيوف لأنه يكون راضيا بها فلا يكون له رد ولا استرداد (قوله وقال أبو يوسف يرد مثل الزيوف الخ) يعني لزوم الرجوع بالنقصان . أصله لا سلفا لزم الربا ، ولا وجه لإبطال حقه في الجودة لعدم رضاه در . قال في الحقائق فلا يخفى لعمري : إن ، قاله أبو يوسف حسن وأدفع للضرر ولذا اختاره للفتوى اه وكذلك صرح في المجمع بأنه المتيقن به ههنا . (قوله كما لو كانت رصاصا أو ستوة) فلإنها ترد اتفاقا در ، وظاهر إطلاقه أنها ترد ولو علم بها وقت القبض لأنها ليست من جنس الأثمان ط .

مطالب لو اشترى شيئا ومات مقلسا قبل قبضه فالبائع أحق

(قوله ومات مقلسا) أي ليس له مال بقي بماعليه من الديون سواء فلسه القاضي أولا (قوله فالبائع أسوة للغرماء) أي يقسمونه ولا يكون البائع أحق به در (قوله فإن البائع أحق به) الظاهر أن المراد أنه أحق بحبسه عنده حتى يستوفي الثمن من مال الميت أو يبيعه القاضي ويدفع له الثمن ، فإن وفي بجميع دين البائع فيها ، وإن زاد دفع الزائد لباقي الغرماء ، وإن نقص فهو أسوة للغرماء فيما بقي له ، وليس المراد بكونه أحق به أنه يأخذ مطلقا ، إذ لا وجه لذلك لأن المشتري ملكه وانتقل بعد موته إلى ورثته وتعلق به حق غرمائه ، وإنما كان أحق من باقي الغرماء لأنه كان له حق حبس المبيع إلى قبض الثمن في حياة المشتري فكذا بعد موته ، وهذا نظير ما سيذكره المصنف في الإجازات من أنه لو مات المؤجر وعليه ديون فالمستأجر أحق بالدار من غرمائه : أي إذا كانت الدار بيده وكان قد دفع الأجرة والنسخ عقد الإجارة بموت المؤجر فله حبس الدار وهو أحق بشئها ، بخلاف ما إذا عجل الأجرة ولم يقبض الدار حتى مات المؤجر فإنه يكون أسوة لسائر الغرماء ولا يكون له حبس الدار كما في جامع الفصولين ، وكذا ما سيأتي في البيع الفاسد لو مات بعد نسخه فالمشتري أحق به من سائر الغرماء فله حبسه حتى يأخذ ماله هكذا ينبغي حل هذا المثل ، وبه ظهر جواب حادثة الفتوى مثلت عنها . وهي : ما لو مات البائع مقلسا بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع للمشتري يكون المشتري أحق به لأنه ليس للبائع حتى حبسه في حياته ، بل للمشتري جبره على تسليمه مادامت عينه باقية فيكون له أخذه بعد موت البائع أيضا ، إذ لا حق للغرماء فيه بوجه ، لأنه أمانة عند البائع وإن كان مضمونا بالثمن لو هلك عنده ومثله الرهن ، فإن الرهن أحق به من غرماء المرتهن ، والله

[فروع] باع نصف الزرع بلا أرض ، إن باعه الأكار لرب الأرض جاز ، وبعبكه لا إذا كان البذر منه الأكار فينبى أن يجوز خاتية .
 باع شجرا أو كرما مثمرا لا يدخل الثمر وحينئذ فيما الشجر إلى الإدراك فلو أنى المشتري إعارته غير البائع إن شاء أبطل البيع أو قطع الثمر جامع الفصولين قال في التهر ولا فرق يظهر بين المشتري والبائع .

باب خيار للشرط

وجه تقديمه مع بيان تقيمه مبين في الدرر : ثم الخيارات بلغت سبعة عشر : الثلاثة المبوبة لها . وخيار تعيين

سبحانه أعلم (قوله باع نصف الزرع الخ) صورة المسألة : رجل له أرض دفعها لأكار : أى فلاح ودفع له البذر أيضا على أن يعمل الأكار فيها بقره بنصف الخارج فعمل وخرج الزرع فباع الأكار نصفه لرب الأرض جاز البيع . أما لو رب الأرض نصفه للأكار فلا يجوز لأنه يأمره بقاء ما باعه ، ولا يمكن إلا بقلع الشجر فيتضرر المشتري بقلع نصيبه الذى كان له قبل الشراء مستحقا للبقاء فى الأرض إلى وقت الإدراك ، نعم إذا كان لشدة من الأكار ويكون مستأجرا الأرض بنصف الخارج ، فليس لرب الأرض أمره بقلع ما باعه . فينبى أن يجوز باع لعدم الضرر وهذه من مسائل بيع الحصة الشائعة من الزرع ، وقد نال الكلام عليها وعلى نظائرها أول كتاب الشركة (قوله فى السرخ) أصله لصاحب البحر :

وحاصل البحث أنه يبنى على قياس هذا أنه لو باع ثمرة بدون الشجر ولم يرض البائع إعادة الشجر أن يشتري المشتري أيضا ، إن شاء أبطل البيع أو قطعها لأن فى القطع إتلاف المال وفيه ضرر عليه ، لكن تقدم تصريح بأن كغيره من المتون بقوله ويقطعها المشتري فى الحال . وأيضا فانقله عن جامع الفصولين يخالف أيضا التصريح بالمصنف كغيره فى بيع الشجر وحده أو الأرض وحدها بقوله ويؤمر البائع بقطعها : أى الزرع وثمر وتسليم المبيع وإن لم يظهر صلاحه كما نبها عليه هناك فافهم ، والله سبحانه أعلم :

باب خيار الشرط

من إضافة الشيء إلى سببه لأن الشرط سبب للخيار بحر ، فإن الأصل فى العقد لزوم من الطرفين ، ولا يثبت لأحدهما اختيار الإمضاء أو الفسخ ولو فى مجلس العقد عندنا إلا باشرط ذلك (قوله مبين فى الدرر) حيث قال بعد ما ترجم بباب خيار الشرط والتعيين ، وقدمهما على باقى الخيارات لأنهما يمتنعان ابتداء الحكم ، ثم ذكر خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم ، وآخر خيار العيب لأنه يمنع لزوم الحكم :

وخيار الشرط أنواع : فاسد وفاقا ، كما إذا قال اشتريت على أنى بالخيار أو على أنى بالخيار أيا ما أو أبدا وجاز وفاقا وهو أن يقول على أنى بالخيار ثلاثة أيام فا دونها . ويختلف فيه ، وهو أن يقول على أنى بالخيار شهرا أو شهرين ، فإنه فاسد عند أبى حنيفة وزفر والشافعى ، جائز عند أبى يوسف ومحمد اه .

وفى البحر : فرع لا يصح تعليق خيار الشرط بالشرط ، فلو باعه حنارا على أنه إن لم يجاوز هذا النهر فرده بقبلة ولا لا لم يصح ، وكذا إذا قال ما لم يجاوز به إلى الغد كذا فى التقنية اه (قوله الثلاثة المبوبة لها) أى أى ذكر لكل واحد منها باب ، وهى خيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب (قوله وخيار تعيين) هو أن يشتري أحد الشئتين أو الثلاثة على أن يعين أباشاء ، وهو المذكور فى هذا الباب فى قول المصنف باع عشرين على أنه بالخيار

وغبن ونقد وکبة واستحقاق ، وتفریر فعل ، وكشف حال ، وخيانة مراخبة وتولية وفوات وصف مرغوب فيه ، وتفریق صفقة بهلاك بعض مبيع ، وإجازة عقد الفضولی ، وظهور المبيع مستأجرا أو رهونا

فی أحدهما الخ (قوله وغبن) هو ما أتى فی المراجعة فی قوله ولا رد بغبن فاحش فی ظاهر الرواية ، وبقي بالرد إن غره : أى غر البائع المشتري ، أو بالعكس ، أو غره الدلال وإلا فلا (قوله ونقد) هو ما أتى قريبا فی قوله إن اشترى علی أنه إن لم يتقد الثمن الخ (قوله وكبة) هو ما مر أول البيوع فيما لو اشترى بما فی هذه الخالية الخ وقدم ما بيانه (قوله واستحقاق) هو ما سلكه فی باب خيار العيب فی قوله استحق بعض المبيع ، فإن كان استحقاقه قبل القبض للكل خير فی الكل ، وإن بعده خير فی اتقيى لا فی غيره (قوله وتفریر فعلی) أما القولی فهو ما مر فی قوله وغبن . والفعلی كالتصرية ، وهى أن يشد البائع ضرع الشاة ليجتمع لبنها فيظن المشتري أنها غزيرة اللبن ، والخيار الوارد فيها أنه إذا حلبها ، إن رضيا أمسكها ، وإن سخطها ردها وصاعا من تمر ، وبه أخذ الأئمة الثلاثة وأبو يوسف . وعدهما يرجع بالقصان فقط إن شاء ، وسأيت تمام الكلام علی ذلك إن شاء الله تعالى فی خيار العيب . قوله اشترى حارية لها لبن (قوله وكشف حال) هو ما مر أول البيوع فيما إذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً أو لآء أو حجر لا يعرف قدره ، فقد ذكر الشارح هناك أن للمشتري الخيار فيما ، وقدمنا عن البحر هناك أن هذا خيار حار كشف الحال ، ومنه ما ذكره بعده فی بيع صبرة كل صاع بكذا ، وهو الكلام علی (قوله وخيانة . الخ وتولية) هو ما سأتى فی المراجعة فی قوله فإن ظهر خيانة فی مراجعة بإقرار أو برهان علی ذلك أو نكوله عن اثنين أحدهما المشتري بكل ثمنه أو رده لفوات الرضا ، وله الحط قدر الخالية فی التولية لتتحقق التولية . قال ح . وبهى أن تكون الوضعية كذلك (قوله وفوات وصف مرغوب فيه) هو ما ذكره فی هذا الباب فی قوله اشترى عبدا بشرط خبزه أو كتبه الخ :

مطلب فی هلاك بعض المبيع قبل قبضه

(قوله وتفریق صفقة بهلاك بعض مبيع) أى هلاكه قبل القبض ، وقيل بالبعض لأن هلاك الكل قبل قبضه فيه تفصيل قدمناه قبيل هذا الباب :

وحاصله كما فی جامع الفصولین أنه إن كان بأقة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المبيع يبطل البيع ، وإن بفعل أجنبي بتغير المشتري ، إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أجاز وضمن المستهلك اه : وذكره فی البرازية أيضا : ثم قال : وإن هلك البعض قبل قبضه سقط من الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر أو وصف ، وخير المشتري بين الفسخ والإمضاء ، وإن بفعل أجنبي فالجواب فيه كالجواب فی جميع المبيع ، وإن بأقة سماوية ، إن نقصان قدر طرح علی المشتري حصصة الفائت من الثمن وله الخيار فی الباقي ، وإن نقصان وصف لا يسقط شئ من الثمن لكنه يغير بين الأخذ بكل الثمن أو الترك ، والوصف ما يدخل تحت البيع بلا ذكر كالأشجار والبناء فی الأرض والأطراف فی الحيوان والجودة فی الكيل والوزن ، وإن بفعل المقود علیه فالجواب كذلك ، وتمام الكلام فيها مرجمه (قوله وظهور المبيع مستأجرا أو رهونا) أى واو اشترى دارا مثلا فظهر أنها رهونة أو مستأجرة فيغير بين الفسخ وعدمه ، وظاهره أنه لو كان عالما بذلك لا يغير ، وهو قول أبي يوسف . وقالا : يتخير ولو عالما ، وهو ظاهر الرواية كما فی جامع الفصولین . وفى حاشيته للرملي : وهو الصحيح ، وعليه الفتوى كما فی الولوالجية اه وكذا يغير المرتن والمستأجر بين الفسخ وعدمه وهو الأصح كما فی جامع الفصولین ، لكن فی حاشيته للرملي

أشياء من أحكام الفسخ . قال : وبفسخ بإقالة وتحالف . فبلغت تسعة عشر شيئا ، وأغلبها ذكره المصنف يعرفه من مارس الكتاب .
(صبح شرطه للمتايعين) معا (ولأحدهما) ولو وصيا (ولغيرهما) ولو بعد العقد

عن الزبلي أن المرتنن ليس له الفسخ . في أصح الروايتين : وفي العمادة أن المستأجر له ذلك في ظاهر الرواية . وذكر شيخ الإسلام أن الفتوى على عدمه ، وسيأتي في فصل الفصولي أن من الموقوف بيع الموهون والمستأجر والأرض في مزارعة الغير على إجازة مرتنن ومستأجر وزارع اه فإن أجاز المستأجر أو المرتنن فلا خيار للمشتري وإن لم يميز فالتحالف للمشتري في الانتظار والفسخ ، وسيأتي تمامه في فصل الفصولي (قوله أشياء) قال فيها : وكذا يباشرها العاقدان إلا التحالف فإنه لا يفسخ به ، وإنما يفسخه القاضي ، وكلها تحتاج إلى الفسخ ، ولا يفسخ شيء منها بنفسه اه ح (قوله وبفسخ بإقالة وتحالف) لا يخفى أن الكلام في الخيار لا في مجرد الفسخ ، لكن قد يجاب بأنه لو أقال أحدهما الآخر فالآخر بالخيار بين القبول وعدمه ، وكذا يجزئ كل منهما بين الحذف وعدمه ، فلو حذر عدم الحلف يلزمه دعوى صاحبه . وصورة التحالف أن يختلفا في قدر ثمن أو متبوع أو فيهما ويجزأ عن البيعة ولمرض واحد منهما بدعوى الآخر تحالفا وفسخ القاضي البيع بطلب أحدهما ، والمسألة مبسوطة في باب دعوى الرجوع من كتاب الدعوى (قوله صبح شرطه) أي شرط الخيار المذكور ، وصرح بمقابل صبح إشارة إلى أن صبح صحيح الواقع في عبارة الكنز وغيره عائد إلى المضاف إليه في الترجمة : قال في البحر : والظاهر أن الضمير يعود إلى المحل وفي الوقاية والنقاية : صبح خيار الشرط فأبرزه ، والأولى ما في الإصلاح : صبح شرط الخيار لأن الموصوف بالصح شرط الخيار لا لنفس الخيار اه . فالضمير على الأول في كلام البحر عائد إلى المضاف ، وعلى الأخير إلى المضاف . وبه جزم في التهرققال الضمير في صبح يعود إلى المضاف إليه بقرينة صبح ولقد أفصح المصنف ، عنه في الجمع حيث قال : وصرح شرط الخيار لما في الخلع لاله ، ومن غفل عن هذا قال ما قال اه .

قلت : فيه نظر ، فإن الشرط الواقع في الترجمة عام بقرينة الإضافة ، ولقولهم إنه من إضافة الحكم إلى سببه . أي الخيار الواقع بسبب الشرط فلا يصح عود الضمير إلى الشرط المذكور . لأن الموصوف بالصحة شرط خاص وهو شرط الخيار الذي أفصح عنه في الخلع ، وأين العام من الخاص ؟ وما في الإصلاح لا يصلح دليلا على عوده إلى الشرط ، بل هو تركيب آخر صحيح في نفسه . والأحسن ما استظهره في البحر من عوده إلى الخيار ، لكن يقيده وصفه بالمشروطة فإنه في الأصل من إضافة الموصوف إلى صفته : أي الخيار المشروط ، وهذا لا ينافي كون الشرط سببا للحكم كما أفاده الحموي :

وقد يقال : إن خيار الشرط مركب إضافي صار علما في اصطلاح الفقهاء على ما ثبت لأحدا المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ ، وكذا خيار الرقبة وخيار التعتين وخيار العيب ، كما صار الفاعل والمفعول به ونحو ذلك من التراجم علما في اصطلاح النحويين على شيء خاص عندهم ، وعلى هذا يعود الضمير في صبح إلى هذا المركب الإضافي ، وهو ما أفصح عنه في الوقاية والنقاية كما مر ، فكان ينبغي للمصنف أن يبينها لخلوه من التكاليف والتعسف (قوله ولو وصيا) وكذا لو وكلا . قال في البحر : ولو أمره ببيع مطلق ففقد بخيار اه أو للأكثر أو لأجنتي صحاح ولو أمره ببيع بخيار للأكثر فشرطه لنفسه لا يجوز ، ولو أمره بشراء بخيار للأكثر فاشترائه بدون الخيار نفذ الشراء عا ، دون الأمر للمخالفة ، بخلاف ما إذا أمره ببيع بخيار فباع باننا حيث يبطل أصلا اه ما خصا ط وسيدكر الشاوع الفرق بين الفرعين الأخيرين (قوله ولغيرهما) ويثبت الخيار لهما مع ذلك الغير أيضا كما سيأتي في قول المصنف ولو شرط المشتري الخيار لغيره صبح الخ (قوله ولو بعد العقد) ربما يترجم اختصاصه بقوله ولغيرهما مع أنه جار

لا قبله تنازع خاتبة (في مبيع) كله (أو بعضه) ككثله أو ريعه ولو فاسدا ، ولو اختلفا في اشتراطه فالقول لنا فيه على المذهب (ثلاثة أيام أو أقل) وقد عند إطلاق أو تأييد (لأكثر) يفسد ، فليكل فسحه خلافا لهما

في الأقسام الثلاثة ، فلو قدمه وقال صح شرطه ، ولو بعد العقد لكان أولى اه ح : فلو قال أحدهم بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح إجماعا بحر (قوله لا قبله) فلو قال جعلتك بالخيار في المبيع الذي تعقده ثم اشترى مطلقا لم يثبت بحر من التنازع خاتبة (قوله أو بعضه) لا فرق في ذلك بين كون الخيار للبائع أو للمشتري ولا بين أن يفصل الثمن أولا ، لأن نصف الواحد لا يفتاوت ط عن النهر (قوله ككثله أو ريعه) مثله ما إذا كان المبيع متعدد وشرط الخيار في معين منه مع تفصيل الثمن كما يأتي قبيل خيار التعيين اه ح (قوله ولو فاسدا) أي ولو كان العقد الذي شرط فيه الخيار فاسدا وكان الأقدم في التي كيب أن يقول صح شرطه ولو بعد العقد ولو فاسدا كما لا يخفى ح : وفائدة اشتراطه في الفاسد مع أن لكل منهما الفسخ بدونه ما قيل إنه يثبت لمن اشترط ولو بعد القبض ، ولا يتوقف على القضاء به أو الرضا اه .

قلت : وفيه نظر لأنه إن كان الضمير في قوله ولا يتوقف الخ عائد إلى الخيار فهو لا يتوقف على ذلك مطلقا ، أو إلى فسخ المبيع الفاسد فكذلك ، ثم تظهر الفائدة في أنه لو كان الخيار للبائع أو لم يقبضه المشتري بإذن البائع لا يدخل في ملك المشتري مع أنه لو لا الخيار ملكه بالقبض فافهم (قوله فالقول لنا فيه) لأنه خلاف الأصل كافي البحر وهو مكرر مع ما يأتي متا اه ح (قوله على المذهب) وعند محمد القول مدعيه والبيئة للأخر ح من البحر (قوله ثلاثة أيام) لكن إن اشترى شيئا مما يتسارع إليه الفساد ، ففي القياس لا يجزى المشتري على شيء ، وفي الاستحسان يقال له إما أن تفسخ المبيع أو تأخذ المبيع ، ولا شيء عليك من الثمن حتى تجيز المبيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجهانيين بحر عن الخاتبة :

[تنبيه] اعلم أن الخيار في العقود كلها لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام إلا في الكفالة في قول الإمام . زاد في البرازية وللاحتياط ، وكذا في الوقف لأن جوازه على قول الثاني وهو غير مقيد عنده بالثلاث درمتي ، وتامة في النهر (قوله وقد عند إطلاق) أي عند العقد . أمالو باع بالخيار ثم لقيه بعد مدة فقال له أنت بالخيار فله الخيار مادام في المجلس بمنزلة قوله لك الإقالة كما في البحر عن الوالدية وغيرها ، وحل عليه قول الفتح : لو قال له أنت بالخيار فله خيار المحاس فقط : قال في النهر : ولم أر من فرق بينهما ، ويظهر لي أن الفساد في الثاني أن الإطلاق وقت العقد مقارن فقوى عمله وفي الأول بعد التمام فضعف وقد أمكن تصحيحه بإمكان الخيار له في المجلس اه :

[تنبيه] قدمنا عن الدرر أنه لو قال على أي بالخيار أياما فهو فاسد : واعتراض في الشرعية بأن قولهم لو حلف لا يكلمه أياما يكون على ثلاثة ، ومقتضاء أن يكون هنا كذلك تصحيحا لكلام العاقل حق الإلغاء ، وإلا فالفرق :

قلت : قد يجاب بأن أياما في الحلف يصبح أن يراد منه الثلاثة والعشرة مثلا ، لكن اقتصر على الثلاثة لأنها المتيقن وذلك لإتقان صحة إرادة ما فوقها ، حتى لو نوى الأكثر حنث ، بخلافه هنا فإن الثلاثة لازمة بالنص البقية ولفظ أياما صالح لما فوقها وما فوقها مفسد للعقد فلا ينعنا حمله على الثلاثة لأنه لا يقطع الاحتمال (قوله فليكل فسحه) شمل من له الخيار منهما والآخر ، وهذا على القول بفساد ظاهر ، وكذا على القول الآتي بأنه موقوف . قال في الفتح : وذكر الكرخي نصا عن أبي حنيفة أن البيع موقوف على إجازة المشتري وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة ، لأن لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف اه (قوله خلافا لهما) فعندهما يجوز إذا سمى مدة معلومة فتح

(غير أنه يجوز إن أجاز) مع له الخيار (في الثلاثة) فيقلب صحيحا على الظاهر .
(وصح) شرطه أيضا (في) لازم يحتمل الفسخ كزراعة ومعاملة و (إجارة وقسمة و صلح عن مال) ولو
بغير عينه (وكتابة وخلق) ووهن (وهن على مال)

(قوله غير أنه يجوز إن أجاز في الثلاثة) وكذا لو أعتق العبد أو مات العبد أو المشتري أو أحدث به ما يوجب لزوم
البيع فيقلب البيع جائزا عند أبي حنيفة، وتماه في البحر عن الحانية (قوله في الثلاثة) ولو في ليلة الرابع قهستاني (قوله
فيقلب صحيحا الخ) لأنه قد زال المفسد قبل تقرر، وذلك أن المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرباع،
فإذا أسقطه تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا .

ثم اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء، فعند مشايخ العراق حكمه الفساد ظاهرا، إذ الظاهر دوامهما
على الشرط فإذا أسقطه تبين خلاف الظاهر فيقلب صحيحا . وقال مشايخ خراسان والإمام السرخسي وفخر الإسلام
وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر: هو موقوف، وبالإسقاط قبل الرابع يتعقد صحيحا، وإذا مضى جزء من الرابع
فسد العقد الآن وهو الأوجه، وكذا في الظهيرية والسخيرة فتح ملخصا، وتماه فيه، ولكن الأول ظاهر الرواية يجرى
وينح. وفي الحدادي: فائدة الخلاف تظهر في أن الفاسد يملك إذا اتصل به القبض والموقوف لا يملك إلا أن يجزئ
المالك، ونظر فيه بأن الفاسد أيضا لا يملك إلا بإذن البائع كما في المجمع: والأولى أن يقال إنها تظهر في حرمة المباشرة
وعندهما فحرم على الأول لا على الثاني ثم:

قلت: وفي النظر نظر، فإن المالك في الفاسد يحصل بقبض المبيع بإذن البائع، فالموقوف فيه على إذن البائع
هو القبض لا نفس المالك: وأما الموقوف كبيع الفضولي فإن المالك يتوقف فيه على إجازة المالك البيع فتبني محرة
الخلاف ظاهرة، لكن ما قدمناه قريبا عن الحانية من أنه لو أعتق العبد يتقلب جائزا يشمل أقل القبض مع أن قوله
يتقلب جائزا إنما يناسب القول بأنه فاسد لا موقوف، فيفيد حصول المالك قبل القبض، ويؤيده ما مر من أن حكمه
عند مشايخ العراق الفساد ظاهرا، فيدل على أنه لا فساد في نفس الأمر، ولذا قال في الفتح: إن حقيقة القولين
أنه لا فساد قبل الرابع بل هو موقوف، ولا يتحقق الخلاف إلا بإثبات الفساد على وجه يرتفع شرعا بإسقاط الخيار
قبل مجيء الرابع كما هو ظاهر الهداية (قوله في لازم) أخرج به الوصية، فلا يملك للخيار فيها لأن الموصي الرجوع فيها
مادام حيا، وللموصى له القبول وعدمه أفاده ط، ومثلا العارية والوديعة (قوله يحتمل الفسخ) أخرج ما لا يحتمله
كنكاح وطلاق وخلق و صلح عن قود:

واستشكل في جامع الفصولين النكاح بفسخه بالردة وملك أحدهما الآخر فإنه فسخ بعد النكاح، أما فسخه بعدم
الكفارة والعق والبلوغ فهو قبل النكاح:

قلت: قد يجاب بأن المراد بما يحتمل الفسخ ما يحتمله بتراضي المتعاقدين قصدا وفسخ النكاح بالردة والمالك
ثبت تبعا (قوله كزراعة ومعاملة) أي ساقاة وهدان ذكرهما في البحر بحثا فقال: وينبغي محصه في المزارعة
والإحالة لأنهما إجارة مع أنه جزم بذلك في الأشباه: قال الجموي: يحتمل أنه ظاهر بالمقول بعد ذلك فإن تصنيف
البحر سابق (قوله وإجارة) فلو فسخ في اليوم الثالث هل يجب عليه أجر يومين أتى صط أنه لا يجب، لأنه لم يتمكن
من الانتفاع بحكم الخيار، لأنه لو انتفع يبطل خياره جامع الفصولين (قوله وقسمة) لأنها بيع من وجه (قوله
و صلح عن مال) احتراز به عن صلح عن قود، لأنه لا يحتمل الفسخ كما مر (قوله ووهن) كان ينبغي تقديمه
على الخلع أو تأخيرها عن العتيق، لأن قول المتن على مال راجع للخلق أيضا، ولا يصح رجوعه للرهن كما لا يفتي
(۷۲ - حلقه ابن ماجة - ۱)

لو شرط لزوجة وراهن وقتن (ونحوهما) ككفالة وحوالة وإبراء وتسليم شفعة بعد الطلين ، ووقف عند الثاني أشباه وإقالة بزازية ، نهى ستة عشر ، لاني نكاح وطلاق وبين ونذر وصرف وسلم وإقرار إلا الإقرار بعقد بقبله أشباه ، ووكالة ووصية نهر : فهي تسعة ، وقد كنت غيرت ما نظمه في النهر فقلت :

وكان ينبغي أن يذكر الطلاق على مال أيضا لأنه معاوضة من جانب المرأة كالتخلع ، وكما أن العتق على مال معاوضة من جانب العبد اه ح (قوله لزوجة وراهن وقتن) لأن العقد في جانبهم لازم يحتمل الفسخ ، بخلاف الزوج والسيد فإن العقد من جانبهما وإن كان لازما لكنه لا يحتمل الفسخ لأنه بين ، وبخلاف المرتبة فإن العقد من جانبه غير لازم أصلا ، وحينئذ فيجب ذكرهم في المقابل اه ح أي فيما لا يصح فيه الخيار : ويمكن أن يقال : إن التخلع والعتق على مال داخلان في قوله الآتي وبين تأمل ، وقوله لازم يحتمل الفسخ : أي قبل تمامه بالقبول ، أما بعد القبول من الزوجة والراهن والفقير فلا يحتمله (قوله ككفالة) أي بنفس أو مال وشرط الخيار للمكفول له أو المكفيل بغير وقدما أن الخيار في الكفالة والحوالة يصح أكثر من ثلاثة أيام (قوله وحوالة) إذا شرط للمحتال أو المحتال عليه لأنه يشترط رضاه ط (قوله وإبراء) بأن قال أبرأتك على أي بالخيار ، ذكره فخر الإحلام من بحث المزله بحر . قال ط : لكن لقل الشريف الحموي عن العمادية : لو أبرأه من الدين على أنه بالخيار فأنخير باطل ، ولعل في المسألة خلافا اه :

قلت : وبالثاني جرم الشارح في أول كتاب الهبة وعزاه إلى الخلاصة (قوله ووقف) فيه أنه لا يحتمل الفسخ تأمل (قوله عند الثاني) لأنه عنده لازم . وعند محمد وإن كان كذلك ، لكنه اشترط أن لا يكون فيه خيار شرط ولو معلوما ، وقدما في الوقف أن الخلاف في غير المسجد ، فلو فيه صبح الوقف وبطل الخيار (قوله لله ستة عشر) أي مع البيع (قوله لاني نكاح الخ) لأنها لا يحتمل الفسخ (قوله وطلاق) أي بلا مال لما عرفت ، وينبغي أن يكون التخلع بلا مال مثله اه ح (قوله وإقرار الخ) عبارته مع المتن في كتاب الإقرار : أقر بشي على أنه بالخيار ثلاثة أيام لزمه بلا خيار ، لأن الإقرار بإختيار فلا يقبل الخيار ، وإن صدقه المقر له في الخيار إلا إذا أقر بعقد بيع وقع بالخيار له فيصح باعتبار العقد إذا صدقه أو برهن الخ (قوله وكالة ووصية) فلا خيار فيهما لعدم لزوم من الطرفين ولزوم الوكالة في بعض الصور نادر ، أفاده ط وهذا زادها في النهر بحثا أخذنا مما مر في قوله في لازم (قوله فهي تسعة) يزداد عاشر وهو الهبة ، لما سبق ذكره المصنف في بابها من أن من حكمها جدم صحة خيار الشرط فيها الخ :

مطلب المواضع التي يصح فيها خيار الشرط والتي لا يصح

(قوله وقد كنت غيرت ما نظمه في النهر) فإن نظم النهر كان هكذا :

والصلح والتخلع مع الحوالة والوقف والقسمة والإقالة

وليس في هذا التغيير كبير فائدة مع أنها لم يستوفيا الأقسام كما قاله ح أي لأنها أسقطا من القسم الأول المزلوعة والمعاملة والكتابة ، ومن الثاني الوصية لكن الظاهر أن إسقاط الكتابة ذهول ، وأما ما عداها فلكونه بحثا كما علمته مما مر

قلت : وقد كنت نظمت ، جميع مسائل القسمين مشيرا إلى البحث منها مع زيادة الهبة في القسم الثاني فقلت :

يصح خيار الشرط في ترك شفعة وبيع وإبراء ووقف كفالة

بأبی خيار الشرط فی الإجارة
والرهن والعق وتزک الشفعة
والوقف والحوالة الإفاضة
ولا النكاح والطلاق والسلم
والبيع والإبراء والكفالة
والصلح والخلع وكذا القسمة
للاصرف والإقرار والوكالة
لنر وأیمان فهذا یغتم

(فإن اشترى) شخص شیئا (علی أنه) أی المشتري (إن لم یقصد غته إلى ثلاثة أيام فلا بیع صح) استحسانا
خلافا لنهر ، فلم یقصد فی الثلاث ففسد عقد غته بعدها لو فی یده فلیحفظ (و) إن اشترى كذلك (إلى أربعة)
أیام (لا) یصح خلافا ل محمد (فإن نقد فی الثلاثة جاز) اتفاقا ، لأن خيار النقد ملحق بخيار الشرط ، فلو ترك
التفریع لكان أولى

وفی قسمة خلع وعق إقالة
مکاتبه رهی كذلك إجارة
وما صح فی نذر لكاح أیة
والقرار لمباب وزید وصیة
وصلح عن الأموال ثم الحوالة
وزید مساقاة مزارعة له
وفی سلم صرف طلاق وكالة
كما مر یثا فاعتزم ذی المقالة
(قوله والخلع) بالرفع خبره كذا ، ولا یصح جعل كذا خبرا عن القسمة لأنه مجرور بالمعطوف علی ما قبله ، ثم یصح
جعله متعلقا بمحذوف حالا مع الخلع ۛ

مطلب خيار النقد

(قوله علی أنه أی المشتري الخ) وكذا لو نقد المشتري الثمن علی أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة فلا بیع بينهما
صح أيضا ، وانخيار فی مسألة الثمن للمشتري لأنه المتمكن من إمضاء البيع وعدمه ، وفی الثانية للبائع ، حتى لو أعتقه صح
ولو أعتقه المشتري لا یصح نهر ۛ

[تنبيه] ذكر فی البحر هنا بیع الوفاء تبعاً للخالية قائلا لأنه من أفراد مسألة خيار النقد أيضا ، وذكر فی ثمانية
أقوال ، وذكره الشارح آخر البیوع قبیل کتاب الكفالة ، وسأقی الكلام علیه هناك إن شاء الله تعالى (قوله
فلم یقصد فی الثلاث ففسد) هذا لو بقى المبیع علی حاله . قال فی النهر : ثم لو باعه المشتري ولم یقصد الثمن فی الثلاث
جاز البیع وكان علیه الثمن ، وكذا لو قتلها فی الثلاث أو مات أو قتلها أجنبی خطأ وغرم القيمة ؛ ولو وطئها
وهی بكر أو ثیب أو جنی علیها أو حدث بها عیب لا یفعل أحد ثم مضت الأيام ولم یقصد خیر البائع ، إن شاء الله ، ففسد
مع التقصان ولا شیء له من الثمن ، وإن شاء تركها وأخذ الثمن كذا فی الخالية اهـ (قوله فنقد غته الخ) أی علیه
قیمته بحر عن الخالية ، وهذا تفریع علی قوله فسد ، قال فی النهر : واعلم أنه ظاهر قوله فلا بیع یقید أنه إن لم یقصد
فی الثلاث ینفسخ . قال فی الخالية : والعصیح أنه ینفسخ ، حتى لو أعتقه بعد الثلاث فنقد غته إن كان
فی یده اهـ ؛ وأما غته قبل مضی الثلاث فینفذ بالأولی ، كما لو باعه كما مر لأنه بمعنی خيار الشرط (قوله وإن اشترى
كذلك) أی علی أنه إن لم یقصد الثمن إلى أربعة أيام (قوله لا یصح) والخلاف السابق فی أنه فاسد أو موقوف
ثابت هنا نهر عن الذخيرة (قوله خلافا ل محمد) فإنه جوزّه إلى ما سیمیه (قوله فلو ترك التفریع) أی فی قوله
فإن اشترى فإن الإلحاق یقتضی المغایرة والتفریع یقتضی أنه من فروعه : قال فی الدرر : لم یذكره بالغام
كما ذكره فی الوقایة إشارة إلى أنه لیس من صور خيار الشرط حقيقة لیضرح علیه بل أورده عقیه لأنه
فی حکمه معنی اهـ :

(ولا يخرج مبيع عن ملك البائع مع خياره) فقط اتفاقا (فهلك على المشتري بقيمته) أى بدله ليعم المثل (إذا قبضه بإذن البائع) يوم قبضه كالمقبوض على سوم الشراء (فإنه بعد بيان الثمن

قال محشي خادى أفندى : أقول الواقع في الزيلعى كونها مع صورته، وقد قال صدر الشريعة في وجه إدخال الفاء إنه فرع مسألة خيار الشرط لأنه إنما شرع ليدفع بالفسخ الضرر عن نفسه سواء كان الضرر تأخير أداء الثمن أو غيره ، على أن قوله لأنه في حكمه يصلح أن يكون حلة مضمحة لدخول الفاء (قوله ولا يخرج مبيع عن ملك البائع مع خياره) لأنه يمنع الحكم ، وفي قوله عن ملك البائع إيماء إلى أن البائع هو المالك ، فلو كان فضوليا كان اشتراط الخيار له مطلقا للبيع ، لأن الخيار له بدون الشرط (۱) كما في فروق الكرابسى . ولا يرد الوكيل بالبيع إذا باع بشرط الخيار له لأنه كالمالك حكما نهر (قوله فقط) قيد به وإن كان الحكم كذلك إذا كان الخيار لها ، لأن المصنف سيذكره صريحا وإلا لزم التكرار فافهم (قوله فهلك) بكسر اللام ط (قوله على المشتري بقيمته) لأن البيع ينسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا ولا نفاذ بدون بقاء المحل فبقى مقبوضا بيده على سوم الشراء وفيه القيمة كذا في الهداية . ولا فرق في مسألة المصنف بين هلاكه في مدة الخيار مع بقاءه أو بعد ما فسخ البائع البيع كما في جماع المصولين . وأما إذا هلك في يده بعد المدة فلا فسخ فيها فإنه يهلك بالثمن لسقوط الخيار ، ولو ادعى هلاكه يد المشتري ووجوب القيمة وادعى المشتري إياها من يده فالقول له يمينه لأن الظاهر حياته ويتم البيع ، ولو ادعى البائع الإبقاء والمشتري الموت فالقول للبائع يمينه كذا في السراج بحر (قوله إذا قبضه بإذن البائع) وكذا بلائذنه الأولى ط . وأما إذا هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شئ عليهما كما في المطلق عنه ، وإن تعيب في يد البائع فهو على خياره ، لأن ما انتقص بغير فعله لا يكون مضمونا عليه ولكن المشتري يتخير ، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء فسخ كما في البيع المطلق ، وإذا كان العيب بفعل البائع ينتقص المبيع فيه بقدره ، لأن ما يحدث بفعله يكون مضمونا عليه ويستقط به حصته من الثمن بحر عن الزيلعى ، وبأى حكم تعيبه في يد المشتري (قوله يوم قبضه) ظرف لتقييمه ح (قوله فإنه بعد بيان الثمن بمضمون بالقيمة) أطلقه فشملى بيان الثمن من البائع أو المساوم ، وخصه الطرسوسى في أنفع الوسائل بالثاني .

ورده في البحر بأنه خطأ لما في الخالية : طلب منه ثوبا ليشتريه فأعطاه ثلاثة أثواب وقال هذا بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين فأحلبها فأى ثوب ترضى بعته منك فحلبت عند المشتري . قال الإمام ابن الفضل : إن هلكت جملة أو متعاقبا ولا يدري الأول وما بعده ضمن ثلث الكل ، وإن عرف الأول لزمه ذلك الثوب والثوبان أمانة ، وإن هلك اثنان ولا يعلم أيهما الأول ضمن نصف كل منهما ورد الثالث لأنه أمانة ، وإن نقص الثالث لثمة أو ربعه لا يضمن النقصان ، وإن هلك واحد فقط لزمه ثمنه ويرد الثوبين له ملخصا .

قال في البحر : فهذا صريح في أن بيان الثمن من جهة البائع يكتفى للضمان اه . وأجاب العلامة أفندى بأن مراد الطرسوسى أنه لا بد من تسمية الثمن من الجانبين حقيقة أو حكما ، أما الأول فظاهر ، وأما الثاني فبأن يسمى أحدهما ويصدر من الآخر ما يدل على الرضا به . ثم قال : ومن نظر عبارة الطرسوسى وجدنا لقنادى بما ذكرناه اه .

(۱) (قوله لأن الخيار له بدون الشرط) فيه أنه يكون حينئذ اشتراطا لغيره من مقتضيات العقد وهو لا يقتضى الإطلاق . وأجاب شيخنا بما حاصله ، أنه لما كان الخيار قابلا له بدون الشرط تعين صرف مائته بالشرط إلى نفس العقد لا الحكم على هو المحل الأصل للخيار لشغل بالخيار الأول صوتا لكلام العامل من الإلزام والعهدة لا تقبل الصلوق بالشرط اه .

مطلب في المقبوض على سوم الشراء

قلت : ويبلغ ذلك أن المساوم إنما يلزمه الضمان إذا رضى بأخذه بالثمن المسمى على وجه الشراء : فإذا رضى الثمن البائع وتسلم المساوم الثوب على وجه الشراء يكون راضيا بذلك ، كما أنه إذا رضى هو الثمن وسلم البائع يكون راضيا بذلك فكان التسمية صدرت منهما معا ، بخلاف ما إذا أخذه على وجه النظر لأنه لا يكون ذلك رضا بالشراء بالثمن المسمى . قال في القية : سم : عن أبي حنيفة قال له هذا الثوب لك بعشرة دراهم فقال هاته حتى أنظر فيه أو قال حتى أريه غيري فأخذه على هذا وضاع لاشئ عليه ، ولو قال هاته ، فإن رضىته أخذته بمصاع فهو على ذلك الثمن اه .

قلت : ففى هذا وجدت التسمية من البائع فقط لكن لما قبضه المساوم على وجه الشراء في الصورة الأخيرة صار راضيا بتسمية البائع فكانها وجدت منهما . أما في الصورة الأولى والثانية فلم يوجد القبض على وجه الشراء ، بل على وجه النظر منه أو من غيره فكانه أمانة عنده فلم يضمه . ثم قال في القية ط : أخذ منه ثوبا وقد برصيته اشترته فضاع فلا شئ عليه ، وإن قال إن رضىته أخذته بعشرة فعليه قيمته ، ولو قال صاحب ثوب هو بعشرة فقال المساوم هاته حتى أنظر إليه وقبضه على ذلك وضاع لا يلزمه شئ اه .

قلت : ووجهه أنه في الأول لم يذكر الثمن من أحد الطرفين فلم يصح كونه مقبوضا على وجه الشراء وإن صح المساوم بالشراء ، وفي الثاني لما صرح بالثمن على وجه الشراء صار مضمونا ، وفي الثالث وإن صرح البائع بالثمن لكن المساوم قبضه على وجه النظر لآل على وجه الشراء فلم يكن مضمونا ، وبهذا ظهر الفرق بين المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم النظر فافهم ، واغتم تحقيق هذا المثل (قوله مضمون بالقيمة) أى إذا هلك ، أو إذا استهلكه فمضمون بالثمن كما حققه الطرسوسى وإن رده في البحر بأنه غير صحيح ، لما في الخاتمة : إذا أخذ ثوبا على وجه المساومة بعد بيان الثمن فهلك في يده كان عليه قيمته ، وكذا لو استهلكه وارث المشتري بعد موت المشتري اه . قال : والوارث كالمرث ، فقد أجاب في النهر بقوله لا تسلم أنه غير صحيح ، إذ الطرسوسى لم يذكره تفقه بل نقل عن المشايخ صرح به في المنتقى ، وعلله في المحيط بأنه صار راضيا بالمبيع حلا لفعله على الصلاح والسداد ، وعراه في الخزانة أيضا إلى المنتقى غير أنه قال في القياس نجب القيمة اه كلام النهر .

قلت : وما نقله في البحر عن الخاتمة لادلالة فيه على ما يدعيه بل فيه ما ينافيه ، لأن قوله وكذا لو استهلكه وارث المشتري يفيد أنه لو استهلكه المشتري نفسه كان الواجب الثمن لا القيمة . ووجهه أيضا ظاهر ، لما عمته من تحليل المحيط . والفرق بينه وبين استهلاك الوارث أن العاقد هو المشتري فإذا استهلكه كان راضيا بإمضاء عقد الشراء بالثمن المذكور ، بخلاف ما إذا استهلكه وارثه لأن الوارث غير العاقد بل العقد انفسخ بموته فبقى أمانة في يد الوارث فيلزمه القيمة دون الثمن ، فقوله في البحر والوارث كالمرث غير مسلم . ثم رأيت الطرسوسى نقل عن المنتقى ما يفيد ذلك وهو قوله : ولو قال البائع رجعت عما قلت أو مات أحدهما قبل أن يقول المشتري رضىته انتقص جهة البيع ، فإن استهلكه المشتري بعد ذلك فعليه قيمته كما في حقيقة البيع لو انتقص بيق المبيع في يده مضمونا فكذا هنا اه فهذا صريح بانقضاء العقد بموته فكيف يلزم الوارث الثمن باستهلاكه ، فافهم واغتم (قوله بالغة ما بلغت) رد على الطرسوسى حيث قال : وظاهر كلام الأصحاب أنها تجب بالغة ما بلغت ، ولكن ينبغي أن يقال لا يزاد بها على المسمى كما في الإجارة الفاسدة . قال في النهر : وفيه نظر : بل ينبغي أن تجب بالغة ما بلغت ، وقد صرحوا

ولو شرط المشتري عدم ضمانه بزاية ، ولو في يد الوكيل ضمنه من ماله بلا رجوع إلا بأمره بالسوم خالية :
أما على سوم النظر فغير مقصود مطلقا ، وعلى سوم الرهن بالأجل من قيمته ومن الدين ، وعلى سوم القرض بقرض
ساومه به ، وعلى سوم النكاح لأمة بقيمتها نهر

بذلك في البيع الفاسد كذا هنا (قوله ولو شرط المشتري) أي يريد الشراء وهو المساوم (قوله ولو في يد الوكيل الخ)
قال في البحر عن الخالية : الوكيل بالشراء إذا أخذ الثوب على سوم الشراء فأراه الموكل فلم يرض به ورده عليه فهل
عند الوكيل ، قال الإمام ابن الفضل ضمن الوكيل قيمته ولا يرجع بها على الموكل إلا لأن بأمره بالأخذ على سوم الشراء
تحين إذا ضمن الوكيل رجوع على الموكل (۱) .

مطلب المقبوض على سوم النظر

(قوله أما على سوم النظر) بأن يقول هاته حتى أنظر إليه أو حتى أربه غیری ولا يقول فإن رضيت أخذته ،
وقوله مطلقا : أي سواء ذكر الثمن أولا أو ح عن النهر ، ولا يخفى أن عدم ضمانه إذا ملك . أما لو استهلكه القابض
فإنه يضمن قيمته ، وقدمنا وجه الفرق بينه وبين المقبوض على سوم الشراء ، وفي حكمه المقبوض على سوم الشراء
إذا لم يبين الثمن أو مات أحد العاقدین قبل الرضا أو رجع عما قال كما قدمناه آنفا عن المتقي ، وقدمنا أول المسألة
مألو قبض ثلاثة أبواب وسمى ثمن كل واحد بعينه ليشترى أحدها فهل واحد منها فإنه يضمنه دون الآخرين ،
وتقدم تفصيله ، وهل هذا خاص بما إذا كانت ثلاثة لتكون مافي خيار التعيين الآتي بيانه أو أعم ؟ والظاهر الثاني (۱) :
لو كانت أكثر ، فلا شك أن واحدا منها مقبوض على سوم الشراء وإن كان فاسدا والباقي (۲) على سوم النظر
فهو أمانة ، بخلاف الأول فتأمل (قوله وعلى سوم الرهن بالأجل من قيمته ومن الدين) أي إذا سمي قدر الدين ،
فلا يثنى ما سيذكره المصنف في كتاب الرهن من قوله المقبوض على سوم الرهن إذا لم يبين المقدار ليس بمضمون
على الأصح (۳) . وفي البرازية : الرهن بالدين الموعود مقبوض على سوم الرهن مضمون بالموعود ، بأن وعده أن يقرضه
ألفا فأعطاه رهنًا وهلك قبل الإقراض يعطيه الألف الموعود جبرا ، فإن هلك هذا في يد المرتهن أو العذل ينظر
إلى قيمته يوم القبض والدين (۴) : وعن الثاني أقرضني وخل هذا ولم يسم القرض فأخذ الرهن ولم يقرضه حتى ضاع
يلزمه قيمة الرهن (۵) وما عن الثاني مقابل الأصح المذكور (قوله وعلى سوم القرض الخ) في البحر عن جامع
الفصولين : وما قبض على سوم القرض مضمون بما ساوم كقبض على حقيقته بمنزلة مقبوض على سوم البيع ،
إلا أن في البيع يضمن القيمة وهنا يهلك الرهن بما ساوم من القرض (۶) ، وقوله يهلك الرهن بما ساومه من القرض
أي إذا كانت قيمته مثل الرهن لا أقل ، فلا يثنى ما تقدم من أنه يضمن بالأجل ، وبه ظهر أن ما في قوله وما قبض نكرة
موصوفة بمعنى الرهن فتكون هذه عين المسألة التي قبلها كما يعلم مانقلناه عن البرازية في تصوير المسألة السابقة فافهم
(قوله وعلى سوم النكاح الخ) يعني لو قبض أمة غيره ليزوجها بلذن مولاها فهل سكت في يده ضمن قيمتها جامع الفصولين

(۱) (قوله والظاهر الثاني) قال شيخنا : يلزم بهان الفرق بين هذه المسألة وبين المقبوض على سوم القرض بدون بيان الثمن فإنه
حكم فيها بعدم الضمان مع أنه مقبوض على سوم الشراء ففاسد كعهده ، إذا فظهر أن حلة عدم الضمان فيها هي فساد القرض وهو موجود
عنا (۲) .

(۲) (قوله وإن كان فاسدا والباقي الخ) أي لأن خيار التعيين لا يصح في الزالة هل الثلاث لثبوته هل خلاف القياس فيها ،
ليطبقه بالثلاث لجهة الأوصاف الثلاثة وهي الأجل والأوسط والأدون وماذا يكون أصل القياس لاندفاع الحاجة بالثلاث (۳) .

(۳) (قوله والدين) سطوت على قوله قيمته ، أي ينظر إلى قيمته والدين فيضمن بالأجل منها أده .

(ويخرج عن ملكه) أى البائع (مع خيار المشتري) فقط (فهناك بيده بالتمن كنعبيه) فيها بيع لا يرتفع كقطع بد فيلزمه قيمته فى المسألة الأولى ، وللبائع فسخ المبيع وأخذ نقصان القيمة لائتمنى لشبهة الربا حداوى ،

قال محشي الخبر الرمى: أقول تقدم أن ما بحث مهر إبعدا الخطبة وهو قائم أو هالك يسترد، فهو صريح أيضا في أن ما قبض على سوم النكاح من المهر مضمون ولو لم يسم المهر اه :

[تنبيه] ظاهر كلامهم وجوب قيمة الأمة ولو لم يكن المهر مسمى، ويحتاج إلى وجه الفرق بينه وبين القروض على سوم الشراء أو سوم الرهن فإنه لا يضمن إلا بعد بيان الثمن أو بيان القرض، وقد أطال الكلام فيه السيد الخميني فى حاشية الأشباه من النكاح ولم يأت بظايل (قوله ويخرج عن ملكه أى البائع) فلو اعتقه لم يصح عتقه ، ولو كان حلف إن بهته فهو حر لم يعتق لخروجه عن ملكه بحر (قوله مع خيار المشتري فقط) مثل ما إذا كان الخيار لها وأسقط البائع خياره بأن أجاز البيع كما فى البحر : قال ح : ومثله ما إذا جعل المشتري الخيار لأحدى (قوله فهناك بيده بالتمن) لأن الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب يمنع الرد فهناك وقد انهمر البيع فيلزم الثمن ، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع لأن تعيبه فى هذه الحالة لا يمنع الرد فهناك والعقد موقوف فيبطل نهر . وإذا طال العقد يضمن القيمة ؛

مطلب فى الفرق بين القيمة والثمن

والفرق بين الثمن والقيمة أن الثمن ما راضى عليه المتعاقدان سواء زاد على القيمة أو نقص ، والقيمة ما أقر به الشيء بمزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان (قوله كنعبيه فيها) أى فى يد المشتري ، وهذا تشبيه بالهلاك فى صورته أعنى فى صورة ما إذا كان الخيار للبائع أو للمشتري ، فإن التعيب المذكور كالهلاك يوجب القيمة فى الأولى والثمن فى الثانية منع ، وشمل ما إذا عيبه المشتري أو أجنى أو تعيب بأقفة متساوية أو بفعل المبيع ، وكذا بفعل البائع (١) . عند محمد فلا يسقط به خيار المشتري ، فإن أجاز البيع ضمن البائع النقصان . وعندهما يلزم البيع بحر : أى ويرجع بالأرض على البائع كما ذكره بعد :

[تنبيه] ذكر حكم الهلاك والنقصان عند المشتري ولم يذكر حكم الزيادة عنده . وحاصله أنها متصلة أو منفصلة ومتولدة من الأصل كالولد والسمن والجمال والبر من المرض ، أو غير متولدة كالصبي والعقر والكسب والنباء فيمتنع الفسخ إلا فى المنفصلة الغير المتولدة بحر عن التارخانية (قوله لا يرتفع) باقى مختاره (قوله فيلزمه قيمته) أى لو هلك ، ولو قال فللبائع فى المسألة الأولى فسخ البيع النكاح لكان أولى ، لأن المطلوب بيان ما يلزم بالتعيب فى المسائلين ، أما ما يلزم بالهلاك فيها فهو مصرح به فى المتن (قوله لشبهة الربا) لأن الجوده فى المال الربوى غير معتبرة ، لكن قال فى الخلاصة من الغصب : إذا غصب قاب فضة وهو بالضم السوار ، وإن شاء المالك أخذه مكسورا ، وإن شاء تركه وأخذ قيمته من الذهب . قال فى العنايه : إذ لو أوجبا مثل القيمة من جنسه أدى إلى الربا أو مثل وزنه أبطلنا حتى المالك فى الجوده والصنعة اه . وذكر الزيلعى هناك فى نقصان المصوب الربوى بغير المالك بين أن يملك العين ولا يرجع على الغاصب بشىء وبين أن يسلمها ويضمن مثاها أو قيمتها ، لأن تضمين النقصان معتدل لأنه يؤدى إلى الربا اه . وبه علم أن الخيار للمالك بين إمساك العين بالرجوع بالنقصان وبين دفعها تضمين

(١) (قوله وكذا بفعل البائع) ح : عبارة ط : مكذا أو بفعل المبيع أو البائع عندهما . وقال محمد : لا يسقط خيار المشتري بتعيب البائع اه وهو الصواب ، فأشيل .

وتمت في الثانية ؛ ولو يرتفع كرض ، فإن زال في المدة فهو على خياره ، وإلا لزمه العقد لتعلق الرد ابن كمال (ولا يملكه المشتري خلافا لما) ثلثا يصير سائبة . قلنا السائبة هي التي لا ملك فيها لأحد ولا تعلق ملك ، والثاني موجود هنا ، ويلزمكم اجتماع البديلين والعود على موضوعه بالنقض بشرائه قريبه (ولا يخرج شيء منهما)

مثلاً : أى مثل وزنها لأنه رضى بإبطال حقه في الجوده وبين تضمين قيمتها : أى من خلاف الجنس . وفي مسألتها إذا كان اختيار البائع في بيع الربوى وصيه المشتري واختار البائع الفسخ ليس له أخطل نقصان العيب لأنه يؤدى إلى الربا وينبغي أن يكون له انقضاءات المذكورة تأمل (قوله في الثانية) أى ما كان الخيار فيها للمشتري (قوله ولو يرتفع) مقابل قوله بعيب لا يرتفع (قوله فهو على خياره) أى فله الفسخ في مدة الخيار ورد المبيع على بائعه (قوله وإلا) أى وإن لم يزل الموص في المدة لزم العقد ، لأنه لا يمكنه رده في المدة . محياً لتضرر البائع ، ولوزال بعد مضي المدة لزم العقد بمضمونها (قوله ابن كمال) ومثله في البحر والجوهرة (قوله ولا يملكه المشتري) أى إذا كان الخيار له فقط ، لكن في الثانية يصح احتياقه ويكون إضفاء . وفي السراج : تجب النفقة عليه بالإجماع ، ولو تصرف فيه في مدة الخيار جاز تصرفه ويكون إجازة منه . وفي جامع الفصولين : لو رهن بالثمن وهنا جاز الرهن به مع أنه ذكر فيه أيضاً أنه لو أبرأه البائع عن الثمن لم يجز إبرائه عند أبي يوسف اه فنبني أن لا يصح الرهن أيضاً . والجواب أن الإبراء يقتضئ الدين ولا دين له عليه لأن الثمن باق على ملك المشتري بخلاف الرهن بدليل صحة الدين الموعود به ، لكن في المعراج أن عدم صحة الرهن (١) بالنظر في قياس والاستحسان صحته لأنه إبراء بعد وجود السبب وهو البيع ، وتماهه في البحر : وفيه عن الخلاصة أن زوائد المبيع موقوفة ، إن تم البيع كانت للمشتري ، وإن فسخ كانت للبائع (قوله تخلفاً لما) حيث قال إنه يملكه (قوله لتلا يصير سائبة) أى شيئاً لا مالك له بعد دخوله في الملك ، وهذا دليل لقولنا إنه يملكه بعد خروجه من ملك البائع أى أنه لو لم يملكه لزم أن يخرج عن ملك البائع لا إلى مالك فيكون كالسائبة ولا عهد لنا به في الشرع بمعنى في المعاوضات لتلا يرد نحو التركة المستقرقة بالدين فإنها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا القرماء ، وتماه في التهر والفتح (قوله قلنا) أى من طرف الإمام ، وهو جواب بمنع كونه كالسائبة (قوله وثلاثي موجود هنا) وهو حلقة الملك : أى للبائع ، إذ قد يرد عليه فيعود إليه حقيقة ملكه وللمشتري أيضاً (قوله قد يسقط خياره فيكون له ط) (قوله ويلزمكم الخ) استدلال للإمام بطريق النقض الإجمالي لدليل الخصم باستلزامه الاستناد من وجهين :

السلطان من وجهين :
 الأول ما في النهر أنه لو دخل في ملك المشتري مع كون الثمن لم يخرج من ملكه لزم اجتناع الدين في حكم ملك
 أحد المتعاقدين حكما للمعاوضة ولأصل له في الشرع ، يعنى في باب المعاوضة فلها تقتضى المساواة بينهما في تبادل
 ملكيهما ، فلا يرد ما عوض المذهب وأبق من يده فإنه يضمن قيمته ولا يخرج به عن ملك المالك فيجتمع العوضان
 في ملك لأنه ضمان جناية للمعاوضة .

والثاني ما ألتفت من أن خيار المشتري شرع نظرا له ليعزى فيقف على المصلحة، فلو أدت الملك، مجرد البيع مع خياره الحقن تقيض مقصوده، إذ بما كان البيع من يعق عليه فيعتق بلا اختياره فيعود شرع الخيار على، وضووعه بالتقضى إذ كان مفوتا للنظر وذلك لا يجوز (قوله ولا يخرج شي) منها الخ) فإن تصرف البائع جاز وكان فسخا وكذا إن تصرف المشتري في المثل إن كان عينات تصرف كل منهما فيها اشتراء باطل ، وأيهما ملك قبل التسليم بطل

(١) قوله أن عدم صحة الرهن بالغ (عبارة المراجع كان البهر أن عدم صحة لباس بالغ ، فالصحيح القابل راجع للإبراء كما لا يخفى)

أى من مبيع وثمن مع ملك بائع ومشتري عن مالكة اتفاقا (إذا كان الخيار لمعا) وأيهما فسخ في المدة الفسخ البيع ، وأيهما أجاز بطل خياره فقط (و) هذا الخلاف (تظهر ثمرته في) عشر مسائل جمعها العيني في قوله : اسحق عزك فخم :

الألف من الأمة لو اشتراها بخيار وهي زوجته بقی النكاح :

والسين من الاستبراء فحيضها في المدة لا يعتبر استبراء :

والحاج من المحرم ، فلا يعتق محرمة :

والقاف من القربان المنكوحته المشتراً ، فله ردها إلا إذا نقصها به .

البيع ، فإن هلك بعده بطل أيضا ولزم قيمته منع (قوله عن مالكة) لاحاجة إليه ط (قوله وأيهما أجاز بطل خياره فقط) أى وصار العقد باتا من جانبيه والآخر على خياره ، وإن لم يوجد منهما إجازة ولا فسخ حتى مضت المدة لزم البيع ، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر بطل البيع بينهما سواء سبق الفسخ أو الإجازة أو كانا معا ، ولا عبرة للإجازة بكل حال اه منع :

وحاصله أنه إذا أجاز أحدهما فالآخر على خياره ، فإن أجاز أيضا تم العقد ، وإن فسخ بطل ، وإن سكت حتى مضت المدة لزم العقد (قوله وهذا الخلاف) أى المذكور بين الإمام وصاحبيه في مسألة خيار المشتري ، وهو أن المبيع لا يدخل في ملك المشتري عنده ويدخل عندها والتفريع في المسائل الآتية على قوله (قوله بقی النكاح) لأنه لم يملكها عنده ، وإذا سقط الخيار بطل : أى النكاح للتنافى أى بين ثبوت المقة بملك الثمين وبالعقد ، وعندهما انفسخ النكاح لدخولها في ملك الزوج فإذا فسخ المشتري البيع رجعت إلى مولاهما بلا نكاح عليها عندها : وعنده انفسخ زوجته كما في الفتح . قال في البحر : وعلى هذا لو اشترى زوجته فاسدا وقبضها بفسد النكاح ، ثم إذا فسخ البيع للفساد لا يرتفع فساد النكاح (قوله لا يعتبر استبراء) أى عنده ، وعندهما يعتبر ، ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب الاستبراء عنده : وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض بحر وهي المسألة الآتية في رمز الفاء (قوله فلا يعتق محرمة) أى إذا اشترى قريبه المحرم لا يعتق عليه في مدة الخيار عنده حتى تنقضى المدة ولم يفسخ : وعندهما يعتق لأنه لم يملكه (قوله فله ردها) لأنه حيث لم يملكها عنده كان وطؤه لها في مدة الخيار بالنكاح لا بملك الثمين فلا يمتنع الرد ، لأنه لم يكن داليل الرضا بالبيع ، بخلاف وطء غير منكوحته كما سبأني . وعندهما يمتنع ، لأن الوطء يحصل في الملك وقد بطل النكاح فكان دليل الرضا (قوله إلا إذا نقصها) أى الوطء ولو ثبها فيمتنع الرد نهروفتح ، وبمنقضاء أن دواعى الوطء ليست كالوطء لعدم التقبض بها فلا يجرى فيها الخلاف (المذكور ، بخلافها في غير المنكوحه فإن دواعيه مثله فتكون دليل الرضا بالبيع فيمتنع الرد اتفاقا كما سبأني . وعلى هذا فيشكل ما في شرح منلا مسكين (۲) . من أنه يمتنع الرد عند الإمام لو قبلها أو مسها أو مسها بشهوة ، وكذا لو وطئها غير الزوج

(۱) (قوله فلا يجرى فيها الخلاف) سواء لفصل ، لأن الخلاف جار وإن لم تنقص كالوطء الغير المنقض اه .

(۲) (قوله وعلى هذا فيشكل ما في شرح منلا مسكين الخ) عبارة الشارح المذكور : ولو اشترى منكوحته فوطئها له ردها عنه أب حنفية خلافا لما ، هذا لو ثبها ظهر بكرا يمتنع الرد عنه أيضا ، وكذا لو قبلها أو مسها أو مسها بشهوة ، وكذا لو وطئها غيره في يده اه . نفقه فهم الصلاة الحثي أن قوله وكذا لو قبلها الخ تابع أقوله يمتنع الرد فامشكل وليس كذلك ، بل هو مبطون حل قوله فوطئها الذي هو محل الخلاف ، وعليه فلا إشكال أفاده شيخنا ، نعم يبق الإشكال في مة صورة وطء الغير من محال الخلاف مع أنه ليس فيها إلا إيجاب المقر وهو زيادة منفصلة غير متولدة ، والمجب من الصلاة الحثي كيف استظهر وجه امتناع الرد فيها مع تصريحه في فتنه السابق عنه قول المصنف فيها له يده باليمن بعدم الرد في قزيادة المذكورة ، وقيد أبو السعود في حاشيته حل منلا مسكين بما إذا عوجا الوطء ، وحاشيته يمتنع الرد قول واحد أيضا فلا يهمل منه في مسائل الخلاف اه .

والعين من الوديعة عند بائعه ، فهلك على البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك .
والزاي من الزوجة المشتراة ، لو ولدت في المدة في يد البائع لم تصر أم ولد ، ولو في يد المشتري لزم العقد ،
لأن الولادة عيب دور وابن كمال ،
وفي البحر عن الخانية إذا ولدت بطل خياره ، وإن كان الولد ميتا ولم تنصهم الولادة لا يبطل خياره وأقره المصنف .
والكاف من الكسب للعبد في المدة ، فهو للبائع بعد الفسخ ؛
والفداء من الفسخ لبيع الأمة ، فلا استبراء على البائع ؛
والخاء من الخمر ، فلو شراه ذى من مثله بالخيار فأسلم أحدهما فهو للبائع عتي ، وتبعه المصنف ، لكن
عبارة ابن السكال : وأسلم المشتري :

في يده ا . ووجه الأخير ظاهر ، لأن وطء غيره موجب للعقر وهو زيادة منفصلة مقولدة من المبيع بعد القبض
فمنع الرد كما مر وبأنى .

[تنبيه] قال في البحر : ولم أر حاكم حل وطء المبيعة بخيار ، أما إذا كان الخيار للبائع فينبغي حله له لا للمشتري
وإن كان للمشتري ينبغي أن لا يحل لها ، ونقله في المعراج عن الشافعي ا . ولا يخفى أن هذا في غير منكوحته :
ثم اعلم أن هذه المسألة غير مكررة مع الأولى المرموز لها بالألف وإن كان موضوعهما بشراء الأمة المنكوحه ،
لأن المقصود من الأولى أن شرائها لا يبطل نكاحها ، ومن هذه أن وطء زوجها لا يمنعه من ردّها كما لبه عليه ط
وهو ظاهر (قوله من الوديعة عند بائعه الخ) أى إذا قبض المشتري المبيع يذّن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك
في يده في تلك المدة هلك من مال البائع عنده لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك . وعندها من مال المشتري لصحة
الإيداع باعتبار قيام الملك ، وتماه في البحر (قوله لعدم الملك) حلة للعة (قوله لو ولدت) أى بالنكاح بحر
(قوله لم تصر أم ولد) أى للمشتري لعدم الملك خلافا لما بحر (قوله لزم العقد الخ) أى اتفاقا ، وتصبر أم ولد
للمشتري إذا ادعاه بحر عن ابن كمال ، لأن تعيب المبيع في مدة الخيار بعد قبضه له مبطل لخياره (قوله إذا
ولدت الخ) أى في يد المشتري فيوافق ما قبله ط (قوله ولم تنصها الولادة) مقتضاها أن الولادة قد لا تكون نقصانا
وهو خلاف الإطلاق السابق ، ويؤيد السابق ما في البرازية : اشتراها وقبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لأمر البائع
وهو لا يعلم ، في رواية المضاربة عيب مطلقا لأن الفسخ الحاصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى : وفي رواية
إن نقصتها الولادة عيب ، وفي البهائم ليست بعيب إلا أن توجب نقصانا وعليه الفتوى ا . وسيدكر الشارح
في خيار العيب عن البرازية خلاف ما نقلناه عنها وهو تحريف كما سنوضحه هناك (قوله فهو للبائع بعد الفسخ)
لأنه عنده لم يحدث على ملك المشتري ، وعندها للمشتري لحده على ملكه بحر . قال ط : وأما إذا لم يفسخ
فالزوائد تبع للمبيع كما سلف (قوله فلا استبراء على البائع) لأنه إنما يجب بتجديد الملك ولم يوجد حيث لم تدخل
في ملك غيره فكانه لم يزل ملك البائع ابن كمال (قوله لكن عبارة ابن السكال وأسلم المشتري) وكذا في الفسخ
وغيره فيكون هو المراد من لفظ أحدهما . في عبارة العيني لأنه لو أسلم البائع لا تظهر فيه عمرة الخلاف لبقاء
الخيار إجماعا كما في الزيلعي ، حيث قال : لو اشترى ذى من ذى خرا على أنه : أى المشتري بالخيار ثم أسلم المشتري
في مدة الخيار بطل الخيار عندها ، لأنه ملكها فلا يملك تملكها بالرد وهو مسلم . وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها
فلا يملك تملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم . ولو أسلم البائع والخيار للمشتري بقى على خياره بالإجماع ، ولو ردّها
المشتري عادت إلى ملك البائع ، لأن العقد من جانب البائع بات ، فإن أجازه صار له ، وإن فسخ صار الخمر للبائع

والمسلم من المأذون ، لو أبراهه البائع من الثمن صح استحسانا وبقي خياره ، لأنه بطل هدم التملك ، كل ذلك عنده خلافاً لهما .

قلت : وزيد على ذلك مسائل منها :

الثاء للتعليق كإن ملكته فهو حر فشره بخيار لم يعتق :

والقاء ، واستدامة السكنى بإجارة أو إعاره ليس باختيار :

والصا ، وصيد شره بخيار فأحرم بطل البيع :

والدال والزوائد الحادثة في المدة بعد الفسخ للبائع :

والمسلم من أهل أن يملك الخمر حكماً كما في الإرث ، ولو كان الخيار للبائع فأسلم هو بطل البيع لأن البيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يقدر أن يملك الخمر ؛ ولو أسلم المشتري لا يبطل العقد والبائع على خياره ، لأن العقد من جهة المشتري بات ، فإن أجاز العقد صار له ، لأن المسلم من أهل أن يملك الخمر حكماً ، وإن فسخته كان للبائع ، وهذا كله فيما إذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لأحدهما ، فلو قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سواء كان البيع باتاً أو بخيار لأحدهما أو لهما ، لأن للقبض شهراً بالمقدّم متى حيث أنه يفيد ملك التصرف فلا يملكه بعد الإسلام أنه ملخصاً (قوله من المأذون الخ) أي إذا اشترى عبد مأذون شيئاً بالخيار وأبراهه عنه عن ثمنه في مدة الخيار بقي خياره ، لأنه لما لم يملكه كان رده في المدة امتناعاً عن التملك وللمأذون ولاية ذلك ، فإنه إذا وهب له شيء فله ولاية أن لا يقبله حر ؛ وعندها يبطل خياره ، لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكاً بغير عوض وهو ليس من أهله وهذا يقتضي صحة الإبراء ، وقد علمنا أنه لا يصح عند أبي يوسف قياساً ، ويصح عند محمد استحساناً بحر (قوله كل ذلك) أي المذكور من أحكام المسائل العشر (قوله لم يعتق) لأنه عنده لم يملكه فلم يوجد الشرط . وعندهما وجد فيعتق لأنه ملكه ؛ وأما لو قال إن اشتريت بطل قوله إن ملكك فإنه يعتق اتفاقاً لوجود الشرط وهو الشراء ، فيكون كالمفسخ للعق بعد فسخ الخيار فتح وبحر (قوله واستدامة السكنى الخ) صورتها : اشترى داراً على أنه بالخيار وهو ساكنها بإجارة أو إعاره فاستدام سكنها ، قال خواهر زاده : استدامتها اختيار عندها ملك العين ، وعنده ليس باختيار فصح ، ومثله خيار العيب وخيار الشرط في القسمة ؛ ولو ابتدأ السكنى بطل خياره ، ونعناه في البحر (قوله فأحرم) أي وهو في يده بطل البيع عنده ويرده إلى البائع ، وعندها يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالإجماع ، ولو كان للمشتري فأحرم المشتري له أن يردّه بحر . وعبرة الفتح : ولو كان للمشتري فأحرم البائع للمشتري أن يردّه وهي الصواب (قوله بعد الفسخ) متعلق بما يتعلق به قوله للبائع : أي تثبت للبائع بعد الفسخ لأنها لم تحدث على ملك المشتري . وعندها للمشتري لأنها حدثت على ملكه كما في الفتح ، ثم لا يفتي أن الزوائد تتم المتصلة والمنفصلة متولدة أو غيرها . وليس بصحيح هنا لما قدمناه من التنازع من أن حدوثها عند المشتري يمنع الفسخ بالخيار إلا إذا كانت منفصلة غير متولدة كالسكب ، فهذه يفتي فيها لإجراء الخلاف لإمكان الفسخ فيها ، أما في بقية الصور الثلاث فلا ، بل هي للمشتري قطعاً لحدوثها على ملكه حيث امتنع بها الفسخ ونزعه البيع :

ثم رأيت في جامع الفصولين ذكر مسائل الزيادة كما قدمنا من امتناع الفسخ في الكل إلا في صورة المنفصلة الغير المتولدة وأن الخلاف فيها فقط ، وحديثه فإطلاق الزوائد هنا ليس مما ينبغي ، بل المراد به الصورة المذكورة وهي مسألة السكب التي رمزها بالكاف ، فكان على الشارح إسقاط هذه تكرارها مع إيهامها خلاف المراد

والراء ، والعصير في بيع مسلمين أو تخمر في المدة فسد خلافا لهما ، فينبغي أن يرمز لها لفظ تصدير ويضم الـ رز
لـ رز ، ولم أره لأحد فليحفظ (أجاز من له الخيار) ولو أجنيا (صح ولو مع جهل صاحبه) إجماعاً إلا أن يكون
الخيار لهما وفسخ أحدهما فليس للآخر الإجازة لأن المفسوخ لاتحققه الإجازة (فإن فسخ) بالقول (لا) يصح
(إلا إذا علم) الآخر في المدة ، فلو لم يعلم لزم العقد ، والحيلة أن يستوتق بكفيل مخافة الغيبة أو يرفع الأمر للحاكم
ليصحب من يرد عليه عني ، قيدنا بالقول لصحته بالفعل بلا علمه اتفاقاً

كما طه . ن قال إن الزوائد تم المتصلة والمنفصلة فيستغنى بها عن الكاف المشار بها إلى الكسب اه فافهم (قوله فسد)
أي البيع عنده لعجزه عن تملكه بإسقاط خياره ، ويتم عندها لعجزه عن رده بفسخه فتح (قوله خلافا لهما) راجع
للمسائل الخمس المزبلة فافهم (قوله ويضم الرمز للرمز) كذا في بعض النسخ: أي يضم الرمز المزيد بلطف تتصدر
بـ رز السابق ، وفي بعض النسخ ويضم لـ رز الرمز يجر الأول بالألف والثاني بالإضافة ، وهذه النسخة ألفت وعليها
وفي يضم ضمير يعود للرمز المزيد ، ويكون المراد بالرمز المحرور بالألف الرمز السابق عن العيني ، وبالـ رز المحرور
بالإضافة شرح للكثير للعيني فإن اسمه الرمز . وفي ط : فيصير المعنى اسحق عرك أي احقه بتواضعك وعظم لله تعالى
في هـ بث ، فامثل أمره ونهيه ، وعظم الناس بلزلم منزلتهم تصير صدرا أي مقدما ومقربا عند الله تعالى وعند الناس
(قوله ولم أره لأحد) أي لم ير الرمز بتصدره وإلا فالمسائل في المنع والبحر ط (قوله أجاز من له الخيار) أي أجاز
بالقول أو بالفعل كالإعتاق والوطء ونحوها كما يأتي :

وفي جامع الفصولين: إذا قال أجزت شرائه أو شئت أخذه أو وضبت أخذه بطل خياره ، ولو قال هويت
أخذه أو أحببت أو أردت أو أعجبتني أو وافقت لا يبطل لو اختار الرد أو القبول بقلبه فهو باطل لتعلق الأحكام
بالتظاهر لا بالباطن (قوله ولو مع جهل صاحبه) أي العاقد . اه ، أما لو كان للمشتريين ففسخ أحدهما بعبية الآخر
لم يجز كما في جامع الفصولين (قوله لهما) أي لكل من المتعاقدين (قوله فليس للآخر الإجازة) أي إلا إذا قبل الأول
إجازته ، يدل عليه ما في جامع الفصولين: باعه بخيار ففسخه في المدة انفسخ ، فإن قال بعده أجزت وقبل المشتري
جاز استحسانا ، ولو كان الخيار للمشتري فأجاز ثم فسخ وقبل البائع جاز وينفسخ اه فيكون الأول بيعا آتخر
كما سيذكره الشارح والثاني إقالة (قوله لأن المفسوخ لا تلحقه الإجازة) فيه إشكال سيذكره الشارح مع جوابه
(قوله لا يصح إلا إذا علم الآخر) هذا عندهما . وقال أبو يوسف: يصح ، وهو قول الأئمة الثلاثة . قال الكونجي
وخيار الرؤية على هذا الخلاف ، وفي العيب لا يصح فسخه بدون عامه إجماعاً ، ولو أجاز البيع بعد فسخه قبل
أن يعلم المشتري جاز وبطل فسخه ذكره الإسمييجاني ، يعني عندهما . وفيه يظهر أثر الخلاف فيها إذا باعه بشرط
أنه إذا غاب فسخ فسد البيع عندهما خلافاً لأبي يوسف ، ورجع قوله في الفتح نهر (قوله فلو لم يعلم) أي في مدة
الخيار ، سواء علم بعدها أو لم يعلم أصلاً (قوله أن يستوتق بكفيل) الذي في العيني أن يأخذ منه وكيلاً ، يعني
إذا بدا له الفسخ رده عليه اه ومثله في البحر وغيره ح (قوله أو يرفع الأمر للحاكم لينصب الخ) في العبادية :
وهذا أحد قولين ، وقيل لا ينصب لأنه ترك النظر لنفسه بعدم أخذ الوكيل فلا ينظر القاضي إليه ، وتماه في النهر
(قوله لصحته بالفعل بلا علمه) مثال الفسخ بالفعل أن يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك؛ كما إذا أعتق
المبيع أو باعه أو كان جارية فوطئها أو قابلاً أو أن يكون الثمن عينا فنصرف فيه المشتري تصرف الملاك فيها إذا كان
الخيار للمشتري، صرح به الأكمل في العناية وغيره من المشايخ منع ، والمراد بقوله أن يتصرف البائع الخ أن يكون
الخيار له وتصرف كذلك فيكون فسخاً حكماً لأنه دليل استبقاء المبيع على المالك . وأما لو كان الخيار للمشتري

كما أفاده بقوله (ونم العقد بموته) ولا يخلفه الوارث كخيار رؤية وتغيرير ونقد

وفعل ما ذكر فإنه يتم البيع كما يأتي (قوله كما أفاده الخ) أى أفاد الفعل الذى يصح به الفسخ ، يعنى أن أمثلة الفسخ بالفعل تستفاد من قوله المذكور وإن لم يكن المذكور من أمثلة الفسخ بل من أمثلة التام والإجازة . قال فى الفتح .
وجميع ما قدمنا أنه إجازة إذا صدر من المشتري من الأفعال فهو فسخ إذا صدر من البائع اه . وقد أفاد الشارح ذلك بقوله الآتى ولو فعل البائع ذلك كان فسخا ، والمراد به الإعتاق وما بعده ، وحيدته فليس فى كلامه غلط بل هو من رموزه التى تخفى على المعترضين فافهم (قوله ونم العقد الخ) أى تحصل الإجازة بواحد مما ذكر ، وهو كلام موهم ، فإن فى بعضها يكون إجازة سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري وهو الموت ومضى المدة ، وفى بعضها إذا كان للمشتري وهو الإعتاق وتوابعه ، فلو للبائع كان فسخا أفاده فى البحر (قوله بموته) أى موت من له الخيار بانما كان أو مشتريا ، لأن موت غيره لا يتم به العقد بل الخيار باق لمن شرط له فإن أمضى العقد مضى وإن فسده انفسخ كما فى الفتح نهر . وفى جامع الفصولين : لو الخيار لهما مات أحدهما لزم البيع من جهته والآخر على خياره : وفيه أيضا : وكيل البيع أو الوصى باع بخيار أو المالك باع بخيار لغيره مات الوكيل أو الوصى أو الموكل أو الوصى أو من باع بنفسه أو من شرط له الخيار قال محمد : يتم البيع فى كل ذلك لأن لكل منهم حقا فى خيار والجنون كالموت اه وكذا الإنماء وتوابعه فى النهر (قوله ولا يخلفه الوارث) لأنه ليس إلا مشيئة وإرادة ، ولا تصور انتقاله والإرث فما يقبل الانتقال هداية (قوله كخيار رؤية) نص على ذلك فى العرر والرقابة والنفقة ومختصره ، والمتنقى والإصلاح والبحر والنهر ، وكذا فى الهداية والفتح من باب خيار الرؤية ، ولم أر من ذكر فيه خلافا ، وعليه فافى فرائض شرح البرى عن شرح المجمع لابن الصياغ من أن الصحيح أن خيار رؤية يورث فهو غريب ولعل أصل العبارة لايورث تأمل (قوله وتغيرير ونقد) لم يذكرهما فى الدرر ، بل ذكر المصنف الأول منهما فى المنع بحثا ، وذكر الثانى فى النهر بحثا أيضا . ووجه ذلك أن الحقوق المجردة لا نورث ، وكان الوجه ، قوى عند الشارح جزم به : وقد رأيت مسألة القد فى شرح البرى عن خزنة الأكل نص على أنه لو مات قبل نقد الثمن بطل البيع وليس لوارثه نقده . وأما مسألة التغيرير فقد وقع فيها اضطراب ، فنقل شارح فى آخر باب المدة على المقدسى أنه أفتى بمثل ما بحثه المصنف هنا ، ذكر أن المصنف ذكر فى شرح منظومته الفقهية أن خيار التغيرير يورث كخيار العيب وأن ابن المصنف أبده ، وسنذكر إن شاء الله تعالى ما فيه هناك ، نعم بحث الخيار الرهوى أيضا فى حاشية البحر أنه يورث قياسا على خيار فوات الوصف المرغوب فيه كمشراء عبد على أنه خيار وقال إنه به أشبه لأنه اشتراه بناء على قول البائع فكان شارطا له اقتضاء وصفا مرغوبا فيان بخلافه : وقد اختلف نفقه الشيخ على المقدسى والشيخ محمد الغزى فى هذه المسألة لأنهما لم يراها منقولة ، وماله الشيخ على لما قلته فقال : والذى أميل إليه أنه مثل خيار العيب يعنى فيورث اه وبه علم أن ما نقله الشارح عن المقدسى مخالف لما نقله عنه الرملى ، لكن سيأتى فى المراجعة أنه لو ظهر له خيانة فى المراجعة له رده ، ولو هلك المبيع قبل رده أو حدث به ما يمنع من الرد لزمه جميع الثمن وسقط خياره ، وعلاوه هناك بأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط ، بخلاف خيار العيب لأن المسحوق فيه جزء فانت فيسقط ما يقابله : وأخذ منه فى البحر هناك أن خيار ظهور الخيانة لا يورث كما سنذكره هناك : ولا يخفى أن التغيرير أشبه بظهور الخيانة فى المراجعة فكان إلحاقه به أولى من إلحاقه بالوصف المرغوب ، لأن الوصف المرغوب بمنزلة جزء من المبيع فيقابلة جزء من الثمن حيث كان الوصف مشروطا ، فإذا فات يسقط ما يقابله كخيار العيب ، وليس فى التغيرير شيء من ذلك بل هو مجرد خيار

لأن الأوصاف لا تورث ، وأما خيار العيب والعيين وقوات الوصف المرغوب فيه فيخلفه الوارث فيها لأنه يرث خياره درر فليحفظ (ومضى المسئلة) وإن لم يعلم لمرض أو إغماء (والإعتاق) ولو لبعضه (وتوابعه) وكذا كل تصرف لا ينفذ أو لا يعمل إلا في الملك كإجارة ولو بلا تسليم في الأصح ونظر إلى فرج داخل

لا يقابله شيء من الثمن مثل خيار انخيانة في المراجعة ، وبه يعلم أن الأرجح أنه لا يورث كما جزم به الشارح ، والله سبحانه أعلم (قوله لأن الأوصاف لا تورث) هذا التعليل إنما يناسب التعبير بأن خيار الشرط ونحوه لا يورث كما وقع في الدرر والوقاية ، والشارح إنما عبر بأنه لا يخلفه الوارث لأنه أخصب ، لأن مالا يورث قد يخلفه الوارث فيه كخيار العيب ، فكان الأولى التعليل بأن الأوصاف لا تنتقل كما مر عن المداية أى فإن خيار الشرط مجرد مشيئة وإرادة ، وذلك وصف لصاحب الخيار فلا يمكن انتقاله إلى الوارث لا بطريق الإرث ولا بطريق الخلقة ، ومثله خيار الرؤية والتفريق . ولا يخفى أن هذا لا يتأتى في خيار النقد ، لأن نقد الثمن (۱) فعل لا وصف ، وهذا يرجح أنه كخيار العيب تأمل .

[تنمة] في شرح البيرى عن شرح المجمع لابن الضياء : وأجمعوا أن خيار القبول لا يورث ، وكذا خيار الإجارة في بيع الفضولى اهـ والمراد بخيار القبول خيار المجلس ، وهو أن يقبل في مجلس العقد بعد إيجاب الموجب (قوله وقوات الوصف المرغوب فيه) هذا غير موجود في الدرر ، نعم ذكره في البحر والنهر : ووجهه ظاهر لأنه في معنى العيب (قوله فيخلفه الوارث فيها البيع) لأن المورث استحق المبيع سليما من العيب فكذا الوارث ، وكذا خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لا اختلاط ملكه بملك غيره لا أن يورث الخيار مداية ، ويدل على أن ذلك ليس بطريق الإرث ما في الدرر من أن الوارث يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البائع بعد موت المورث وإن لم يثبت للمورث اهـ . وفي غايه البيان : والدليل على أن هذا الخيار للوارث غير ما كان للمورث أن المشتري كان له أن يشتار أحدهما أو يردهما ، وليس للوارث أن يردهما ، وخيار المشتري كان موقتا وللورثة يثبت غير موقت اهـ (قوله ومضى المسئلة) أى مدة الخيار قبل التسخين أى سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري ، لأنه لم يثبت الخيار إلا فيها فلا بقاء له بعدها بحر (قوله وإن لم يعلم) أى بمضيها (قوله لمرض أو إغماء) مثنى على ما هو التحقيق من أن الإغماء والجنون لا يسقطان الخيار إنما يسقط له مضي المسئلة من غير اختيار ، ولذا لو أفاق فيها وفسخ جاز بحر (قوله والإعتاق) ولو بشرط وجد في المسئلة بحر (قوله ولو لبعضه) أى لبعض العبد المبيع . قال في النهر : وقد أخفوه هنا (قوله وتوابعه) كالكتابة والتدبير (قوله إلا في الملك) أى ملك المباشر للقفل بطريق الأصالة (قوله كإجارة) تمثيل لقوله لا ينفذ إلا في الملك . قال في البحر : وأشار بالإعتاق إلى كل تصرف لا يفعل إلا في الملك ، كما إذا باعه أو وهبه وسلمه ، أو رهن أو أجر وإن لم يعلم على الأصح ، أو أبراه من الثمن أو اشترى به شيئا أو ساومه به ، أو حجب العبد أو سقاه دواء أو حلق رأسه أو سقى زرع الأرض أو حصنه أو عرض المبيع للبيع أو أسكن في الدار ولو بلا أجر أو رم منها شيئا أو بنى بناء أو طينه أو هدمه أو حلب البقرة أو شق أوداج الدابة أو ردها لا لو قص حوافرها أو أخذ من عرفها أو استخدم الخادم مرة أو لبس الثوب مرة أو زكب الدابة مرة أو أمر الأمة بارضاع ولده ، لأنه استخدام والاستخدام ثانيا إجارة إلا إذا كان في نوع آخر اهـ ملخصا . وبقي ما لو زاد المبيع في يد المشتري وقدمنا حكمه عند قوله كتبعه (قوله ونظر إلى فرج البيع) تمثيل لقوله أو لا يعمل إلا في الملك : وأورد مقتضى الضابط تعميم النظر إلى كل ما لا يعمل .

(۱) قوله لأنه نقد الثمن البيع فيه أن الكلام في الخيار المطلق به وهو وصف بلا ريب فلا ينتقل اهـ .

بشوة ، والقول لمنكر الشهوة فتح . ومفاده أنه لو اشتراها بالخيار على أنها بكر فوطئها ليعلم أهي بكر أم لا كان لإجازة ، ولو وجدها ثيبا ولم يلبث فله الرد بهذا العيب نهر ، وسيجيء في بابها ، ولو فعل البائع ذلك كان فسحا (وطلب الشفعة) وإن لم يأخذها معراج (بها) أي بدار فيها خيار الشرط ، بخلاف خيار رؤية وعيب معراج (من المشتري إذا كان الخيار له) لأنه دليل الإجازة ؛

قلت: وفيه نظر لأن الضابط في تصرف لايجل الخ لا في فعل ، ومطلق النظر وإن كان فعلا لكنه ليس بتصرف إلا إذا كان إلى الفرج الداخل فإنه تصرف حكما بمنزلة الوطء بدليل ثبوت حرمة المصاهرة به فافهم . قال في البحر : واعلم أن دواهي الوطء كالوطء ، فإذا اشترى غير زوجته بالخيار فقبلها بشوة أو لمساها بها أو نظر إلى فرجها بها سقط خياره وحدها انتشار آله أو زيادته ، وقول بالقلب وإن لم ينتشر ، فلو بلا شوة لم يسقط في الكل اهـ وقيد بغير زوجته ، إذ لو شرى زوجته ووطئها لم يسقط خياره لعدم دلالة على الرضا إلا إذا نقصا كما قدمه الشارح (قوله بشوة) فلو بغيرها لم يسقط ، لأن ذلك يحل في غير الملك في الجملة لأن الطبيب والقاتل يصلح لها النظر فتح (قوله والقول لمنكر الشهوة) عبارة الفتح : ولو أنكر الشهوة في هذه أي في الدواهي كان القول قوله لأنه ينكر سقوط خياره ، وكذا إذا فعلت الجارية ذلك سقط خياره في قول أبي حنيفة : وقال محمد : لا يكون فعلها البتة إجازة للبيع والمباضة ولو مكرها اختياره ، وإنما يلزم سقوط الخيار في غير المباضة إذا أقر بشوئها اهـ . وبه علم أنه في المباضة منها أومنه لا يصدق في عدم الشهوة ، ولذا قال في البحر : لو ادعى عدم الشهوة في التقييل في الم لم يقبل أي لأن التقييل على الم لا يخالو عن الشهوة عادة فالمباضة بالأولى (قوله ومفاده) أي مفاد ما ذكر من الضابط قال في النهر بعد قوله كان إجازة لأن هذا الفعل وإن احتجج إليه للامتحان إلا أنه لايجل في غير الملك بحال (قوله) ولو وجدها ثيبا (الخ) أي لو اشتراها على أنها بكر فوطئها فوجدتها ثيبا ردّها بهذا العيب أي عيب الثيوبة لفوات الوصف المرغوب وهو البكارة ، أما لو لم يشترطها فلا رد أصلا كما سيأتي في خيار العيب ؛ ثم اعلم أن التضييل بين البث وعدمه خلاف ما يفيد الضابط ، إذ لا شك أن الوطء لايجل في غير الملك سواء كانت ثيبا أو بكرا ، فلا فرق فيه بين البث وعدمه ، وعبارة النهر لا غبار عليها حيث قال وقد قالوا بأنه لو وجدها ثيبا الخ ، فإن قوله قد قالوا استدراك على ما ذكره من المفاد أي ماقالوه من التضييل بخلاف هذا المفاد ، وما استدركه ذكره في الفقيه ثم رزحه وقال الوطء يمنع الرد وهو المذهب اهـ : وبه علم أن مفاد الضابط هو المذهب فلا وجه للاستدراك عليه ، على أن هذا الضابط إنما هو في خيار الشرط ، وهذه المسألة من مسائل خيار العيب (قوله وسيجيء في بابها) أي في باب خيار العيب . والذي سيجيء حكاية أقوال في المسألة ، وقد علمت ما هو المذهب وعليه مذهب المصنف هناك فافهم (قوله ولو فعل البائع ذلك) أي التصرف الذي لا ينفذ أو لايجل إلا في الملك وكان الخيار له ط (قوله وطلب الشفعة بها) صورته أن يشتري دارا بشرط الخيار له ثم تباع دار بجوارها فيطلب الشفعة بسبب الدار التي اشتراها سقط خياره فيها وتم البيع (قوله بخلاف خيار رؤية وعيب) فإنه إذا اشترى دارا ولم يرها فبعت دار يجتنب فأخذها بالشفقة قل أنه رد الدار بخيار الرؤية دور ، وكذا بخيار العيب (قوله من المشتري) متعلق بطلب أو به وبلا إعتاق (قوله إذا كان الخيار له) ظاهره أنه لو كان البائع (۱) ، يبقى خياره بعد طلب الشفعة

(۱) (قوله ظاهره أنه لو كان البائع الخ) فيه أن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر المالك بجوار السوء على الدوام لطلب الشفعة من البائع يكون دليل الاستبعاد ، إذ لو لا إرادة استعادة حكمه ما طلب الشفعة . ولا يقال إنه أراد بطلب الشفعة دفع الضرر في مدة الخيار لأنها لغرضها لم ينفذ فيها الضرر ، خصوصا وقد قالوا في تعليلهم لدفع ضرر المالك على الدوام . وما يفيد أن طلب البائع الشفعة نسخ قولهم كلما كان إجازة إذا قبله المشتري يكون فسحا إذا قبله البائع فتأمل وانضت اهـ .

(ولو شرط المشتري) أو البائع كما يفيد كلام الدرر، وبه جزم البهسي (الخيار لغيره) عاقدا كان أو غيره بهسي (صح) استحسانا وثبت الخيار لهما (فإن أجاز أحدهما) من النائب والمستتيب (أو نقض صح) إن وافقه الآخر (وإن أجاز أحدهما وعكس الآخر فالأسبق أولى) لعدم المراجم (ولو كانا معا فالفسخ أحق) في الأصح زيادى، لأن المجاز يفسخ والمفسوخ لا يجاز: واعترض بأنه يجاز لما في الميسوط (لو) تفاسخا ثم (راضيا على) فسخ الفسخ وعلى (إعادة العقد بينهما جاز) إذ فسخ الفسخ إجازة. وأجيب بمنع كونه لإجازة بل بيع ابتداء: (باع عبيد على أنه بالخيار في أحدهما، إن فصل ثمن كل) واحد منهما (وعين) الذى فيه الخيار

لأن ملكه باق بهيأه، بخلاف المشتري لأنه لا ملك له مع خياره فطلبه الشفعة دليل القتل، لأنهم عللوا المسألة بأنه لا يكون إلا بالملك فمكان دليل الإجازة فتضمن سقوط الخيار اه فافهم (قوله أو البائع الخ) هو المذكور في غاية البيان عن الجامع الصغير: وعبارته: اعلم أن أحد العاقدين إذا اشترط الخيار لغيره كان البيع جائزا بهذا الشرط اه وصرح به مثلا مسكين عن السراجية والكافى وقال إن التقييد بالمشتري انقضى، ونقله الحموى عن المفتاح وباقى قرويا عن البحر (قوله الخيار) أى خيار الشرط، لأن خيار العيب والرؤية لا يثبت لغير العاقدين بحر عن المعراج (قوله عاقدا كان أو غيره) تعميم لغيره، لكن قال ح الأولى أن يراد بالغير الأجنبية لأن مسألة ما إذا جعل المشتري الخيار لبايع أو العكس قد ذكرت أول الباب في قوله ولأحدهما أيضا فيما إذا جعل المشتري الخيار للبايع لا يكون الخيار هيا بل للبايع فقط، وفى العكس يكون الخيار للمشتري فقط فكيف يصح قوله فإن أجاز أحدهما الخ؟ ولذلك قال في البحر. ولو قال المصنف ولو شرط أحد المتعاقدين الخيار لأجنبي صح لكان أولى ليشمل ما إذا كان الشارط بائعا أو المشتري وليخرج اشتراط أحدهما للآخره فإن قوله لغيره صادق بالبايع وليس بمراد، ولذا قال في المعراج والمراد من الغير هنا غير العاقدين لثبات فيه خلاف زفر اه.

قلت: ومثله في الفتح وبه زال تردد صاحب النهر حيث قال ولم أرمالو اشترطه المشتري للبايع هل يكون نائبه عنه أيضا؟ محل تردد فقده اه (قوله صح استحسانا) والقياس أن لا يصح وهو قول زفر (قوله إن وافقه الآخر) قيد به لأنه محل الصحة على الإطلاق، وهو مفاد التفصيل الذى بعده (قوله لعدم المراجم) لأن الأسبق ثبت حكمه قبل المتأخر فلم يعارضه وإن كان المتأخر أقوى فالفسخ (قوله ولو كانا معا) بأن خرج الكلامان معا كما في السراج وهذا قد يتعسر. والظاهر أنه يمكن عدم العلم بالسابق منهما نهر (قوله في الأصح) صححه قاضيه خان معزيا للميسوط وفي رواية ترجيح تصرف العاقدين لقوته، لأن النائب يستفيد الولاية منه، وقيل هو قول محمد، وما في الكتاب قول أبي يوسف بحر (قوله والمفسوخ لا يجاز) أى فصار الفسخ أقوى لكونه لا ينقض بالإجازة فلذا كان أحق (قوله بل بيع ابتداء) وعليه فقوله وإعادة العقد بمعنى عقده ثانيا بالإيجاب والقبول، أو بالتعاطى أفاده ط (قوله باع عبيد الخ) أراد بهما القيميين احتراز عن قيمي أو مثليين، إذ في القيمي الواحد إذا شرط الخيار في نفسه يصح مطلقا، وفى المثليين كذلك لعدم التفاوت بحر عن الزيلى: وفى النهر: الظاهر أن القيميين ليسا بقيد، إذ لو كانا مثليين أو أحدهما مثليا والآخر قيميا وفصل وعين فالحكم كذلك فيما ينبى اه.

قلت: هذا لا يرد ما قبله من كونه قيد احترازا إذ المراد الاحتراز عما عدا القيميين لصحته مع التفصيل والتعيين وبدونهما، ولذا قال يصح مطلقا لأنه في القيميين لا يصح بدونهما، فعلم أنه مع التفصيل والتعيين يصح في القيميين وغيرهما فتدبر، ثم ينبى تقييد المثليين بما إذا كانا من جنس واحد، إذ لو تفاوتا كبر وشعبا صارا كالتعيين في اشتراط التفصيل والتعيين ليقيم العالم بالبيع والتمن تأمل (قوله على أنه بالخيار) أى ثلاثة أيام كما في الهداية (قواه إن فصل الخ)

(صبح البيع) للعلم بالمبيع والتمن (وإلا) يعين ولا يفصل أو عين فقط أو فصل فقط (لا) يصح لجهالة المبيع وانقر أو أحدهما (وكذا لو كان الخيار للمشتري) تنافى أيضا الأنواع الأربع .
[فرع] وكله ببيع بشرط الخيار قبض بلا شرط لم يجز ، ولو وكله بالشراء والحالة هذه نقل على الوكيل والفرق أن الشراء متى لم ينقل على الأمر ينقل على المأمور ، بخلاف البيع فتح ، وسيجيء في القسول والوكالة فليحفظ (وصبح خيار التعيين) في القيميات لافي المثليات بعدم تفاوتها ولو للبائع في الأصح كافي ،

كقوله بعثك هذين العبدین كل واحد بخصمائه على أني بالخيار في هذا ثلاثة أيام (قوله وإلا يعين ولا يفصل) كقوله بعثك هذين بألف على أني بالخيار في أحدهما (قوله أو عين فقط) أي عين من فيه الخيار فقط أي ولم يفصل الثمن كقوله بعثك هذين بألف على أني بالخيار في هذا (قوله أو فصل فقط) كقوله بعثك هذين بألف كل واحد بخصمائه على أني بالخيار (قوله لجهالة المبيع والتمن) أي فيما إذا لم يعين ولم يفصل ، لأن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكأنه خارج عن البيع والبيع إنما هو في الآخر ، وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم ثمن المبيع مجهول لأن الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالأجزاء كذا في الفتح (قوله أو أحدهما) أي الثمن فيما إذا عين ولم يفصل أو المبيع فيما إذا فصل ولم يعين (قوله الأنواع الأربع) أي الصور ط (قوله لم يجز) لأنه أمره ببيع لا يزيل الملك بدون رضاه وقد خالف ط .

مطلب في خيار التعيين

(قوله وصبح خيار التعيين) أي بأن يقع البيع على واحد لا يعينه ، بخلاف المسألة السابقة فليست من خيار التعيين لوقوع البيع فيها على العبدین . وأما قول الهداية هنا ومن اشترى ثوبين فالمراد أحد ثوبين ، كما نبه عليه في العناية وغيرها . وفي الفتح المراد أن بشرى أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيهما شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام (۱) . فما يعينه بعد تعيينه المبيع ، أما إذا قال بعثك عبدا من هذين بمائة ولم يذكر قوله على أنك بالخيار في أيهما شئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعثك عبدا مع عبيدي ، وإن اشترى أحد أربعة لا يجوز هـ .
وقد استفيد من هذه العبارة أمور الأول أن خيار التعيين إنما يكون البيع فيه على واحد من اثنين أو ثلاثة لا يعينه وهو ما قلناه . الثاني أنه لا يكون ن واحد من أربعة كما يأتي : الثالث أنه لا بد أن يقول بعد قوله بعثك أحد هذين العبدین على أنك بالخيار في أيهما شئت ، أو على أن تأخذ أيهما شئت ليكون نصافي خيار التعيين . وقال في البحر لأنه لو لم يذكر هذه الزيادة يكون فاسدا لجهالة المبيع ، فإن قبضهما وأما عنده ضمن نصف قيمة بكل واحد منهما ، وإن مات أحدهما قبل الآخر لزمه قيمة الآخر (۲) كذا في المحيط ۱ : هـ . الرابع أنه لا بد أيضا من ذكر خيار الشرط ، بأن يقول على أنك بالخيار ثلاثة أيام أي إذا عين واحدا منهما بحكم خيار التعيين يكون له فيه خيار الشرط ، وهذا الرابع فيه خلاف يأتي (قوله لافي المثليات) أي التي من جنس واحد غير (قوله ولو للبائع) صوته أن يقول المشتري اشتريت منك أحد هذين الثوبين على أن تعطيني أحدهما نهر فله أن يلزم المشتري أيهما

(۱) (قوله على أن بالخيار ثلاثة أيام الخ) ظاهره أنه لو عين بعد ثلاثة أيام من وقت العقد يكون له خيار للشرط ثلاثة من وقت التعيين أيضا لكن سياق المتن منه قول المصنف ولا يشترط فيه خيار الشرط ما يفيد أن اجزاء مدة خيار الشرط من وقت البيع ، فإنه قال : ولو مضت الثلاثة قبل رد فيه وتعيينه بطل خيار الشرط ولزم البيع فواحد ، وحينئذ يقدر مضافت قبل ثلاث هو تمام ، ويكون المعنى على أنه بالخيار تمام ثلاثة أيام هـ .

(۲) (قوله لزمه قيمة الآخر) صوابه قيمة الأول لما مر ويأتي من أنه إذا ملك أحدهما تعين ميمما هـ (۷۴ - حاشية ابن حبهين - ۴)

لأنه قد يرث قيميا ويقبضه وكيله ولا يعرفه فيبيعه بهذا الشرط فست الحاجة إليه (فيا دون الأربعة) لا ندفع الحاجة بالثلاثة لو جرد جيد وردى ووسط ومدته كخيار الشرط ، ولا بشرط معه خيار شرط / في الأصح فتح (ولو اشتريا) شيئا على أنهما

شاء إلا إذا تعيب أحدهما فليس له أن يلزمه الميعب إلا برضاه ، فإذا ألزمه إياه ولم يرض به لم يس له أن يلزمه الآخر بعد ذلك ، ولو هلك أحدهما في يده كان له أن يلزمه الباقي ، وأما إذا كان الخيار للمشتري فالمبيع لازم في أحدهما إلا أن يكون معه خيار شرط والمبيع مضمون بالثمن وغيره أمانة ، فإذا هلك أحدهما تعين هو ميبعا والآخر أمانة ، ولو هلكا معا ضمن نصف كل ، ولو اختلفا في المالك أولا فالقول للمشتري يمينه وبينه البائع أولى ولو تعيبا معه فانهيار بحاله ، ولو متعاقبا تعين الأول ميبعا ، ولو باعها المشتري ثم اختار أحدهما صح بيعه فيه ، وتماه في البحر (قوله لأنه قد يرث الخ) جواب من صاحب البحر عما أورده في الفتح من أن جواز خيار التعيين للحاجة إلى اختيار ما هو الأرق والأرفق . فيختص بالمشتري ، لأن المبيع كان مع البائع قبل البيع وهو أدرى بما لاءمه منه ۱ . واعترض الحموى الجواب بأن ما ذكر من صورة الإرث صورة نادرة والأحكام لانطائ نادر :

قلت : وقد يجاب أيضا بأن الإنسان مادام المبيع في ملكه لا يتأمل فيها بطلانه وإنما يحتاج إلى التأمل بعد البيع وأيضا كثيرا ما يحتاج إلى رأى غيره فافهم (قوله ومدته كخيار الشرط) أى ثلاثة أيام ، ظاهر كلام البحر أن هذا مبنى على القول بأنه يشترط معه خيار الشرط ، فقد ذكر في البحر أن شمس الأئمة صحح الاشتراط وفخر الإسلام صحح عدمه ووجهه في الفتح ، لكن ذكر قاضيخان أن الاشتراط قول الأكثر ثم قال البحر : وإذا لم يذكر خيار الشرط على هذا القول فلا بد من تأقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبأى مدة معلومة كانت عندهما ، وكذا في الهداية ۱ لكن قوله على هذا القول ليس في الهداية ، والتبادر من كلام الهداية أن اشتراط التوقيت مبنى على ما صححه فخر الإسلام ، وبأى عن الفتح ما يدل عليه :

ثم اعلم أن اشتراط التوقيت نازع فيه الزيلعي فقال : إذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فإن التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي المدة ، وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لأنه لازم في أحدهما قبل مضي الوقت ، ولا يمكن تعينه بمضى الوقت بدون تعينه فلا فائدة لشرط ذلك . والذي يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه ۱ . وأجاب في الحواشي السعدية بأن له فائدة هي أن يجبر على التعيين بعد مضي الأيام الثلاثة وأقره في النهر ، وهو معنى قوله في الشربلالية ، بل له فائدة هي دفع ضرر البائع لما يلحقه من مطل المشتري التعيين إذا لم يشترط فيفوت على البائع نفعه وتعريفه فيما يملكه ۱ . وأبدى في البحر فائدة أخرى وهي أنه يمكن ارتفاع العقد فيهما أى في التوين مثلا بمضى المدة من غير تعيين ، بخلاف مضيها في خيار الشرط فإنه إجازة ليكون لكل خيار ما يناسبه ۱ .

قلت : لكنه يستند إلى نقل في ذلك ، ولو كان كذلك لما عني على الزيلعي (قوله ولا يشترط معه خيار شرط في الأصح) غير أنهما إن تراضيا على خيار الشرط فيه ثبت حكمه وهو جواز رد كل من التوين إلى ثلاثة أيام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع ، ولو رد أحدهما كان بحكم خيار التعيين ، وبثبت البيع في الآخر بخيار الشرط ، ولو مضت الثلاثة قبل رد شي وتعينه بطل خيار الشرط وانهم البيع في أحدهما وعليه أن يعين ، ولو مات المشتري قبل الثلاثة ثم يبيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لأن خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل إلى الوارث فيميز ملكه عن ملك غيره على ما ذكرنا ، وإن لم يراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين

(بالخيار فرضي أحدهما) بالبيع صريحا أو دلالة (لارده الآخر) بل يطل خياره خلافا لهما (وكذا) الخلاف في خيار (الرؤية والميب) فليس لأحدهما الرد بعد الرؤية : أي بعد رؤية الآخر أو رضاه بالميب خلافا لهما ، لضرر البائع بعيب الشركة (كما يارم البيع لو اشترى رجل عبدا من رجلين صفقة واحدة) (بالخيار لهما) للبائعين (فرضي أحدهما دون الآخر) فليس لأحدهما الانفراد بإجازة أو ردا خلافا لهما مجمع (اشترى عبدا بشرط خبزه أو كتبه) أي حرفته كذلك (فظهر بخلافه) بأن لم يوجد معه أدنى ما ينطاق عليه اسم الكتانية أو الخبز (أخذه بكل الثمن) إن شاء (أو تركه) لقوات الوصف المرغوب فيه ؛ ولو ادعى المشتري أنه ليس كذلك لم يجبر على القبض حتى يعلم ذلك وكذا سائر الحرف اختيار ، ولو امتنع الرد بسبب ما قوم كتابا وغير كتاب

بالثلاثة عند أبي حنيفة فتح وتعامه فيه ، وقوله وإن لم يتراضيا الخ معطوف على قوله إن تراضيا ، وظاهره أن اشتراط توقيت خيار التعيين مبنى على القول بأنه لا يشترط أن يكون مع خيار التعيين خيار الشرط لأعلى القول بالاشتراط ، خلافا لما يفيد كلام البحر المار وهو ظاهر ، لأن خيار الشرط موقت فلا حاجة إلى توقيت التعيين أيضا (قوله فرضي أحدهما) قال في البحر : ذكر الرضا إذ لو رد أحدهما لا يجزئه الآخر ولم أره صريحا ، ولكن قولهم لو رده أحدهما لرده معيبا يدل عليه ١٠٠ (قوله أو دلالة) كبيع وإعتاق (قوله بعد رؤية الآخر) أي ورضاه به ، لأن مجرد الرؤية لا يوجب تمام البيع ط (قوله لضرر البائع الخ) علة لعدم الرد في المسائل الثلاث ووجه كون الشركة عيبا أنه صار لا يقدر على الانتفاع به إلا بطريق المهابة وتعامه في الفتح (قوله صفقة واحدة) قيد به ؛ إذ لو كان العقد صفقتين فلكل الرد والإجازة مخالفا للآخر لرضا المشتري بعيب الشركة كما لا يخفى ط (قوله للبائعين) يدل من قوله لهما (قوله فليس لأحدهما الانفراد بإجازة) أي بعد مارد الآخر ، وقوله أورد أي ليس لأحدهما الانفراد ردا بعد ما يجازئه الآخر ١٠١ ح . ثم لا يخفى أن التفريع غير ظاهر ، فكان الأولى أن يقول ولو رد أحدهما في المسئلتين لا يجزئه الآخر فليس لأحدهما الخ ، وهذا ذكره في البحر بقوله أو باعا ليس لأحدهما انفراد بإجازة أورد لما في الخانية : اشترى عبدا من رجلين صفقة واحدة على أن البائعين بالخيار فرضي أحدهما بالبيع ولم يررض الآخر لزهما البيع في قول أبي حنيفة ١٠٢ : وأنت خير بأن ما في الخانية لا يدل على قوله أو ردا فالظاهر أنه بحث منه كما بحث مثله في المسئلة السابقة (قوله مجمع) لم أره فيه ، ثم قال في شرحه لابن ملك قيد بالمشتريين لأن البائع أو اثنين والمشتري واحدا وفي البيع خيار شرط أو عيب فرد المشتري نصيب أحدهما دون الآخر بحكم اختيار جاز اتفاقا كما في جامع المحبوبي ١٠٣ . ومثله في شرح المنظومة وغرر الأذكار . ولا يخفى أن هذه المسئلة غير ما في المتن ، لأن هذه في رد المشتري وتلك في رضا أحد البائعين ، وهذه وفاقية وتلك خلافية كما مر عن الخانية (قوله بشرط خبزه) أي صريحا أو دلالة كما يأتي بيانه ، وسياق آخر الباب بيان الوصف الذي يصح شرطه وما لا يصح (قوله أي حرفته كذلك) لأنه لو فعل هذا الفعل أحيانا لا يسمى خبازا يخرج من المراج (قوله بأن لم يوجد الخ) أي ليس المراد النهاية في الجودة ، بل أدنى الاسم بأن يفعل من ذلك ما يسمى به الفاعل خبازا أو كتابا لأن كل واحد لا يهجز في العادة عن أن يكتب على وجه تبين حروفه وأن يخبز مقدار ما يدفع الهلاك عنه نفسه ، وبذلك لا يسمى خبازا ولا كتابا يخرج عن اللخيرة : وبه ظهر أن المناسب لإبدال قول الشارح اسم الكتان والخباز ، ولذا قال في الفتح أعنى الاسم المشعر بالخبرة (قوله أخذه بكل الثمن) لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ما لم تكن مقصودة درمتمنى ، وقصد الوصف بإفراده بذكر الثمن كما مر فيها لو باع المذروع كل ذراع بكذا (قوله لم يجبر على القبض) لأن الاختلاف وقع في وصف عارض والأصل فيه العدم ، والقول قول من يدعي

ورجع بالنفاوت في الأصح (بخلاف شرائه شاة على أنها حامل أو نحاب كذا رطلا) أو يتجز كذا صاعا أو يكتب كذا قدرا فسد لأنه شرط فاسد لا وصف ، حتى لو شرط أنها حلوب أو لبون جاز لأنه وصف (القول للمنكر) لو اختلفا (في) شرط (الخيار) على الظاهر (كما في دعوى الأجل والمضي) والإجازة والزيادة (اشترى جارية بالخيار فرد غيرها) بدلها

الأصل ، والقول للبائع في أنها بكر لأنها صفة أصلية والوجود فيها أصل ، وتعمم في البحر (قوله ورجع بالنفاوت) فإن كان بقدر العشر رجع بعشر الثمن بحر عن الذخيرة . قال ط : أي يجبر النفاوت من الثمن فإن هذا البيع صحيح لانظر فيه القيمة (قوله في الأصح) وهو ظاهر الرواية ، وفي رواية لارجوع بشيء بحر (قوله شاة على أنها حامل) قيد بالشاة لأن اشتراط الحمل في الأمة فيه تفصيل سيذكره الشارح في الفروع الآتية (قوله قدرا) بفتح القاف أي يكتب مقدار كذا من الورق أو من الأسطر مثلا (قوله فسد) أي البيع (قوله لأنه شرط فاسد) لأنه شرط زيادة بجهولة لعدم العلم بها ففتح : أي لأن مافي البطن والضرع لاتعلم حقيقته (قوله جاز) أي على رواية الطحاوي ويفسد على رواية السكرخي شربلاية ، وجزم بالأول في الفتح والدرر (قوله لأنه وصف) الأول أن يزيد مرغوب لأنه ليس كل وصف يصح اشتراطه كما سيذكره في الضابط آخر الباب :

مطلب فيما لو اختلفا في الخيار أو في مضيه أو في الأجل أو في الإجازة أو في تعيين المبيع

(قوله والقول للمنكر الخ) لأن الخيار لا يثبت إلا بالشرط فكان من العوارض فيكون القول لمي ينفيه كما في دعوى الأجل درر (قوله والمضي) أي إذا اختلفا في مضي المدة فالقول لمنكره لأنها تصادقا على ثبوت الخيار ثم ادعى أحدهما سقوط بمضي المدة فالقول للمنكر درر (قوله والإجازة) أي إجازة البيع ممن له الخيار ، كما إذا ادعى البائع على المشتري بالخيار أنه أجاز البيع وأنكر المشتري فالقول قوله ، لأن البائع يدعى سقوط الخيار وجوب الثمن وهو ينكر ط (قوله والزيادة) أي إذا اختلفا في قدر الأجل فالقول لمن يدعى أخصر الوقتين ، لأن الآخر يدعى زيادة شرط عليه وهو ينكر درر ، وتقدم أول البيوع عند قوله وصح بثمن حال ومؤجل أنه لو اختلفا في الأجل أي في أصله فالقول لثانيه إلا في السلم ، وسبأني في باب خيار العيب ما لو اختلفا بعد التقاض في عدد المبيع أو عدد المقبوض فالقول للمشتري ، لأن القول للقابض مطلقا قدرا أو صفة أو تعيينا ، فالوجاء ليرده بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشتري في تعيينه ولو بخيار عيب فلا يباع الخ وسبأني الكلام عليه هناك ، وكذا في آخر خيار الرؤية : وبقي ما إذا اختلفا في تعيين المبيع الذي فيه خيار الشرط عند إجازة من له الخيار العقد ، وقد ذكره في البحر في آخر باب خيار الرؤية من الظهيرة ثم قال : والحاصل أن السلعة لو مقبوضة فالقول للمشتري سواء كان الخيار له أو للبائع وإلا فلو الخيار للمشتري فالقول للبائع وعكسه فالقول للمشتري .

مطلب اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا

[تلبه] اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للحال والمشتري لب ، فإن القاضي يربها النساء ، فإن قلن بكر لزم المشتري بلا يمين البائع لأن شهادتين لأيدت هنا بأن الأصل البكارة وإن قلن لب لم يثبت حق الفسخ لأنه حق قوي وشهادتهن ضعيفة لم تتأيد بمؤيد ، لكن يثبت حق الخصومة

(قائلان بأنها المشتراة فقال البائع ليست هي) ولا يثبت له (فالحق للمشتري) بيمينته (وجاز للبائع وطؤها) درر .
وانعقد بيعا بالتعاطى فتح وكذا الرد في الودعة فليحفظ .

(ولو قال البائع للمشتري عند رده كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك فالحق للمشتري) لأن الأصل عدم
التبذير والكتابة فكان الظاهر شاهدا له (ولو اشتراه من غير اشتراط كتبه وخبره وكان يحسن ذلك فنتبه في يد
البائع رد إليه) لتغير المبيع قبل قبضه زيلعي . قال : ولو اختار أخذه أخذه بكل الثمن ، لما مر أن الأوصاف
لا يابها شيء من الثمن .

[فروع] باع داره بما فيها من الجنود والأبواب والخشب والنخل ، فإذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار
للمشتري ؛

لتوجه العيمين على البائع ، فيجلف باقه لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ، فإن تسكل ردت عليه وإلا لزم المشتري
وعنه في رواية أنها ترد بشهادتين قبل القبض بلا يمين البائع ، ولو قال سلمتها إليك وهي بكر وزالت في يدي
فالحق قوله لأن الأصل البكارة ، ولا يربها القضي النساء لأن البائع مقر بزوال البكارة فتح ، لمخصرا . وسنذكر
لهذا مزيد تحقيق وبيان في خيار العيب عند قول الشارح واعلم أن العيوب أنواع ، وهذا إذا علم أنها يمين
الوطء ، فلو به فلا يردها بل يرجع بالنقصان كما سيأتي هناك عند قول المصنف اشترى جارية بيع (قوله قائلان بأنها)
ضمن قائلان معنى ادعى فدها بالبائ (قوله وجاز للبائع وطؤها) لأن المشتري لما ردها رضى بتمليكها من الدائع
بذلك الثمن فكان للبائع أن يتملكها درر ، وعلى هذا القياس القصار إذا رد الثوب الآخر على رب الثوب وكذا
الإسكافي قفاز خانية ؛

قلت : وهذا إذا لم يعلم أن الثوب المراد ثوب غير القصار (قوله وانعقد بيعا بالتعاطى) أو ادع ذلك وجوب
الاستبراء على البائع ط (قوله ولو قال البائع للمشتري عند رده) هذه المسألة مؤخرة عن موضعها اه ح (قوله
لكنه نسي عندك) أي وقد ينشئ في تلك المدة بحر وهذا القيد هو محل التوهم ، إذ لو قصرت المدة فكذلك
بالأولى (قوله لتغير المبيع قبل قبضه) هذا التعليل يناسب ما لو نسي بعد العقد ، أما أو قبله فالدالة كونه الوصف
مشروطا لدالة ؛

قال في البحر : واعلم أن اشتراط الوصف المرغوب فيه إما أن يكون صريحا أو دلالة ، لما في البدائع في خيار
العيب والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بيع بكونه حرفة كالخياطة إلا أن يكون ذلك شرطا في العقد وإلا لم يكن
مشروطا وكانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت في يده فاشترتها له ردها لأن الظاهر أنه إنما اشترها
رغبة في تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة وهو كالمشروط نصا اه . والظاهر أن هذا إذا كان المشتري عالما بتلك
الصفة ، لكن يشكل على هذا ما في الحاوي الزاهدي : لو قال اشترى منك هذه البقرة على أنها دانت لبن وقال البائع
أنا أبيعها كذلك ثم باشر العقد مرصلا من غير شرط ثم وجدها بخلاف ذلك ليس له الرد اه فإن هذا صريح في أنه
لا بد من ذكر الشرط في صلب العقد ولا تنكفي الدلالة ولعله قول آخر تأمل (قوله أن الأوصاف لا يابها شيء من الثمن)
لا ينافيه ما تقدم من الرجوع بالتفاوت عند التقويم لأن ذلك فيما إذا امتنع الرد اه ح أي لدفع ضرر المشتري فهو ضروري
(قوله لا خيار للمشتري) أي بخيار فوات الوصف المرغوب ، لأن قوله بما فيها لم يذكر على وجه الشرط وهذا
لا ينافي ثبوت خيار الرؤية وثبوت خيار التفرير تأمل . ثم رأيت بعض المحشين نقل عن المحيط أن وجه عدم الخيار
أله لم يشترط هذه الأشياء في البيع ولم يجعلها صفة للمبيع بل أخبر عن وجودها فيه وانعدام ما ليس بمشروط في البيع

شرى دارا على أن بناءها بالأجر فإذا هو بلبن أو أرضا على أن يجرها كلها مئتمر فإذا واحدة منها لا تئتمر أو ثوبا على أنه مصبوغ بعصفر فإذا هو بزعفران فسد ، ولو على أنها بقله مثلا فإذا هو بقل جاز وخير ، وبعبارة جاز بلا خيار ، لكونه على صفة خير من المشروط بحيث يفيحفظ الضابط .

ولاصفة للمبيع لا يوجب الخيار ، أما قوله بأجداعها وأبوابها فله الخيار لأنه جعلها صفة للدار فالبيع يتناول الموصوف بصفته فإذا لم يجده بتلك الصفة فله الخيار اه :

وأفاد أنه لو ذكر على وجه الشرط يثبت له الخيار الآخر أيضا ، لما في جامع الفصولين : باع أرضا على أن فيه نخيلا أو دارا على أن فيه ببونا ولم يكن فإنه يجوز العقد ويغير المشتري أخذه بكل الثمن أو ترك . والأصل فيه أن ما يدخل في العقد بلا شرط إذا شرط وعدم فإن العقد يجوز ، وما لا يدخل بلا شرط إذا شرط ولم يوجد لم يجوز اه فافهم (قوله شري دارا الخ) قال في الفتح : واعلم أنه إذا شرط في المبيع ما يجوز اشتراطه ووجده بخلافه ، فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار ، وتارة يستمر صحيحا ولا خيار للمشتري ، وهو ما إذا وجد خيرا مما شرطه . وضابطه إن كان المبيع من جنس المسمى فيه الخيار والثياب أجناس أعنى الحرى والإسكنندرى والكتان والقطن والذكرمع الأنثى في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت في الأغراض وعدمه اه أى ضابط اختلاف الجنس وعدمه فحش التفاوت في المقاصد وعدمه (قوله فسد) أى لفحش التفاوت فيكون اختلف الجنس ، وعند اختلاف الجنس لا يعتبر كونه خيرا مما شرطه كالمصبوغ بزعفران ، ولذا ذكر في الفتح من أمثلة القامد : لو اشترى دارا على أن لا بناء ولا نخل فيها فإذا فيها بناء أو نخل أو على أنه عبد فإذا هو جارية فافهم ، نعم حال في البرازية الفساد في اشتراط أن لا بناء فيها بأنه يحتاج إلى النقص ويشكل مسألة الشجرة التي لا تثمر فإنه لا يظهر اختلاف الجنس فيها فالظاهر مافى البرازية باع أرضا على أن فيها كذا شجرا مئتمرا بشرها فوجد فيها نخلة لا تئتمر فسد ، لأن الثمرة لما سقطت من الثمن بالذكر وسقط حصص المندوم ولا يعلم كم الباقي من الثمن فأشبهه شراء شاة مذبوحة فإذا فخذها ، فتعاطى اه تأمل (قوله جاز وخير) أى لاتحاد الجنس لكون الذكر والأنثى في غير الأدمى جنسا واحدا ، وإنما خير لكون الأنثى في الحيوانات خيرا من الذكر فقد فات الوصف المرغوب فيخير . قال في الفتح : وكذا على أنه ناقة فكان جملا ، أو لحم معر فكان لحم ضأن ، أو على عكسه فله الخيار اه أى لأن ذلك جنس واحد ولذا لم يفرق بينهما في الزكاة (قوله وبعبارة) بأن اشترى على أنه بقل فإذا هو بقله ، وكذا على أنه حمار أو بعير فإذا هو أنان أو ناقة أو جارية على أنها رثاء أو حبل أو ثوب فإذا هو بخلافه جاز ولا خيار له لأنه صفة أفضل من المشروطة ، وينبئ في مسألة البعير والناقة أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطلبون الدر والفصل ، أما أهل المدن والمكارية فالبيعير أفضل فتح وذكر في باب البيع القامدان صاحب الهداية ذكر أنه لو باع عبدا على أنه خياز فإذا هو كاتب خير مع أن صناعة الكتابة أشرف عند الناس ، وكان صاحب الهداية من المشايخ الذين لا يفرقون بين كون الصفة التي ظهرت أشرف أم لا . وذهب آخرون إلى أن الخيار فيها إذا كان الموجود أنقص وصحح الأول لفوات غرض المشتري ، بخلاف ما إذا اشترى عبدا على أنه كافر فإذا هو مسلم فلا خيار له ، لأن الاستخدام لا يتفاوت بين مسلم وكافر ، بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة فإنه يفيد أن حاجته هذا الوصف اه ملخصا . ومفاده تصحيح ثبوت الخيار وإن ظهر الوصف أفضل من المشروط إلا إذا لم يحصل التفاوت بين الوصفين في الغرض المقصود للمشتري كالمسلم والمسلم والكافر (قوله فليحفظ الضابط) هو ما قدمناه أولا على الفتح .

البيع لا يبطل بالشرط في اثنين وثلاثين موضعا مذكورة في الأشباه

مطلب البيع لا يبطل بالشرط في اثنين وثلاثين موضعا

(قوله البيع لا يبطل بالشرط في اثنين وثلاثين موضعا) هي شرط رهن معلوم بإشارة أو تسمية ، فإن أعطاه الرهن في المجلس جاز استحسانا وشرط كفيل حاضر أو غائب وحضر قبل الافتراق وكفل ، فلو غائبا وكفل حين علم فسد وشرط إحالة المشتري للبائع على غيره بالثمن استحسانا وفسد أو على أن يحيل البائع بالثمن على المشتري ، وشرط إسهاد على البيع ، وشرط خيار الشرط إلى ثلاثة أيام ، وشرط نقد ، على أنه إن لم يتقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، وشرط تأجيل الثمن إلى أجل معلوم ، وشرط البراءة من العيوب ويبرأ البائع من كل عيب وشرط قطع الثمن المبيعة أى على المشتري فإنه يقتضيه العقد تفريفاً للمالك البائع عن ملكه ، وشرط تركها على التخييل بعد إدراكها على المفتي به ، وشرط وصف مرعوب فيه كامر ، وشرط عدم تسليم المبيع حتى يسلم الثمن وشرط رده بعيب وجد فيه ، وشرط كون الطريق لغبر المشتري . وشرط عدم خروج المبيع عن ملكه في غير الآدى . أما لو اشترى عبداً على أن لا يبيعه أولاً يخرج عن ملكه فسد ، وشرط إطعام المشتري المبيع إلا إذا عين ما يطعم الآدى كأن شرط أن يطعم العبد المبيع خبيصاً فيفسد ، وشرط حل الجارية على التفصيل الذى ذكره الشارح بعد ، وشرط كونها مغنية لأنه عيب شرعاً فيكون براءة من العيب فإن لم يجدها مغنية فلا خيار له لأنه وجدها سالمة من العيب ، وإن شرط المشتري ذلك على وجه الرغبة فسد البيع بشرطه ما هو محرم . ونظيره ما في البزاية : لو شراه على أنه فحل فلذا هو خصص له الرد ؛ ولو عكس قال الإمام الخصاص في العبد عيب ، فإذا بان فحلا صار كأنه شرط العيب فإن سلها وقال الثاني الخصص أفضل لرغبة الناس فيه فيخير له . وجزم في الفتح بقول الثاني ، ومقتضاه جريان ذلك في الأمة المغنية ، وشرط كون البقرة حلوبة ، وشرط كون الفرس هلابجا بكسر الهاء : أى سهل السير بسرعة ، وشرط كون الجارية ما ولدت . ناو ظهر أنها كانت ولدت له الرد :

قلت : وظاهره أنه لا يرد بدون هذا الشرط مع أنه ذكر في البزاية أنه لو قبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لامن البائع وهو لم يعلم فهو عيب مطلقاً لأن التكسر الحاصل بالولادة لا يزول أبداً وعليه الفتوى . وفي رواية إن نقصتها الولادة عيب ، وفي البهائم ليس بعيب إلا إن نقصها وعليه الفتوى ، وشرط إيفاء الثمن في بلد آخر وهذا لو كان الثمن مؤجلاً إلى شهر مثلاً فالبيع جائز والشرط باطل إلا أن يكون له مؤنة فتيين ، أما لو غير مؤجل فالبيع فاسد لأنه يصير أجلاً مجهولاً وشرط الحمل إلى منزل المشتري فيما له حل لو بالفارسية ، أما في العربية فإنه يفرق فيها بين الإيفاء والحمل والعقد يقتضى الأول والثاني فيفسد البيع ، وشرط حذو النعل ، وشرط خرز الخلف ، وشرط جعل رقعة على ثوب اشتراه من خلقاني ، وشرط كون الثوب سداسياً فإذا وجدته خماسياً أخذه بكل الثمن أو تركه لأنه اختلاف نوع لا جنس فلا يفسد ، وشرط كون السويق ملوثاً بمن سمن ، وشرط كون الصابون متحذاً من كدابة من الزيت فبيها لو كان ينظر إلى المبيع وقبضه ثم ظهر أنه متخذ من أقل مما ذكر من السمن أو الزيت جاز البيع بلا خيار ، لأن هذا مما يعرف بالعيان فإذا عاينه انتفى الغرر ، ومثله ما لو اشترى قميصاً على أنه متخذ من عشرة أذرع وهو ينظر إليه فظهر من تسعة جاز بلا خيار :

قلت : ويشكل عليه مسألة السداسي ، على أن كونه مما يعرف بالعيان غير ظاهر إلا إذا فحش المتفاوتات وشرط بيع العبد إلا إذا قال من فلان بأن قال بعثك العبد على أن يتيه من فلان فإنه يفسد لأن له طلياً ، وشرط

شرط أنها مغنية ، إن للتبرى لا يفسد ، وإن للرغبة فسد بدائع ، ولو شرط حبلاها ، إن الشرط مع المشتري فسد ، وإن من البائع جاز لأن حبلاها عيب فذكره البراءة منه ، حتى لو كان في بلد يرغبون في شراء الإمام الأولاد فسد خاتية ، ولو شرط أنها ذات لبن جاز على الأكثر .

قلت : والضايف للأوصاف أن كل وصف لا غرر فيه فاشترطه جاز لا ما فيه غرر إلا أن لا يرغب فيه . وفي الخاتية في فصل الشروط المفسدة متى عاب ما يعرف بالعيان انتفى الغرر .

باب خيار الرؤية

من إضافة المسبب إلى السبب ، وما قبل من إضافة الشيء إلى شرطه ظاهر لما سيجي أن له الرد قبل الرؤية . (هو ثبت في) أربعة مواضع (الشراء) للأعيان

جعلها بيعه والمشتري ذى بأن اشترى دارا من مسلم على أن يتخذها بيعة جاز البيع وبطل الشرط ، وكذا بيع العصير على أن يتخذ خرا. وإنما جاز لأن هذا الشرط لا يخرجها عن ملك المشتري ولا مطالب له ، بخلاف اشتراط أن يجعلها المسلم مسجدا فإنه يخرج عن ملكه إلى الله تعالى . وكذا بشرط أن يجعلها ساقية أو مقبرة للمسلمين أو أن يتصدق بالطعام على الفقراء فإنه يفسد ، وشرط رضا الجيران بأن اشترى دارا على أنه إن رضى الجيران أخذها ، قال الصفار لا يجوز ، وقال أبو الليث إن سعى الجيران وقال إلى ثلاثة أيام جاز له ط مخلصا مع بعض زيادة (قوله شرط أنها مغنية) هذه التي بعدها تقدمتا في مسائل الأشياء (قوله ولو شرط حبلاها) أى الأمة ، بخلاف الشاة فإنه مفسد كما قدمه المصنف ، لأن الولد زيادة مرغوبة وإنها موهومة لا يدري وجودها فلا يجوز خاتية (قوله على الأكثر) أى على قول أكثر الفقهاء (قوله لا ما فيه غرر) كبيع الشاة على أنها حامل (قوله إلا أن لا يرغب فيه) لأن اشتراطه يكون بمعنى البراءة من وجوده كما في حبل الأمة (قوله ما يعرف بالعيان) كسالة السويق والصابون كما مر في مسائل الأشياء (قوله انتفى الغرر) فليس له أن يرد إذا ظهر ، بخلاف ما اشترط ، والله سبحانه أعلم .

باب خيار الرؤية

قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك بمنع لزومه والزموم بعد تمام ، والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده ، ولا يحتاج إلى قضاء ولا رضا البائع وينسخ بقوله وددت إلا أنه لا يصح الرد إلا يعلم البائع خلافا للثاني وهو يثبت حكما لا بالشرط ، ولا يتوقت ، ولا يمنع وقوع الملك للمشتري ، حتى لو تصرف فيه جاز تصرفه وبطل خياره ولزمه الثمن ؛ وكذا لو ملك في يده أو صار إلى حال لا يملك فسخه بطل خياره كذا في السراج بحر (قوله من إضافة المسبب إلى السبب) الذى ذكر في الفتح والبحر أن الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية اهـ (قوله ظاهر) كذا في أغلب النسخ ، ولا يناسبه التعليل بعده ، وفي بعض النسخ ظاهر البطان ، وفي بعضها غير ظاهر ، وبه عبر في الدر المنقى ، وعزاء مع التعليل بعده إلى البهني (قوله لما سيجي الخ) بمعنى الشيء لا يثبت قبل شرطه . وفيه أن هذا يرد أيضا على ما ذكره ، لأن المسبب لا يتقدم على سببه ، وسأيت جوابه قريبا ، وهو أنه بسبب آخر . وبيناه كما قال ح أن حق الفسخ قبلها ليس من نتائج ثبوت الخيار له ، بل بحكم أنه عقد غير لازم لأنه لم يقع مبررا فجاز فسخه لنفسه فيه كما حقق في العناية ، وسيدكره الشارح اهـ (قوله في أربعة مواضع) أى لا غير ما كما في الفتح (قوله الشراء للأعيان) أى اللزوم تعينها ، ولا تثبت ديناً في الدمة ، والمراد الشراء الصحيح ، لما في البحر من جامع القصولين أن خيار الرؤية وخيار العيب لا يشترطان

(والإجارة والقسمة والصلح من دعوى المال على شيء بعينه) لأن كلا منها معاوضة ، فليس في ديون ونقود و عقود لانتسخ بالفسخ خيار الرؤية فتح .

(صحح الشراء والبيع لما لم يرباه والإشارة إليه) أى المبيع (أو إلى مكانه شرط الجواز) فلو لم يشر إلى ذلك لم يجوز إجماعا فتح وبحر .

في البيع الفاسد أى لوجوب فسخه بدونهما (قوله والقسمة) في الشرذلية عن العيون أن قسمة الأجناس المختلفة يثبت فيها الخيارات الثلاث : خيار الشرط والعيب والرؤية ، وقسمة ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات يثبت فيها خيار العيب فقط ، وقسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد ، والبقر والغنم يثبت فيها خيار العيب ؛ وكذا الشرط والرؤية على رواية أبى سليمان ، وهو الصحيح وعليه الفتوى ، وعلى رواية أبى حفص لا اه (قوله فليس في ديون ونقود) في بعض النسخ في ديون النقود ، وفي بعضها في دين العقود ، والأولى أول وعط - العقود على الديون من عطف الخاص على العام . قال في الفتح : وعرف من هذا : أى قصره على المواضع الأربعة أنه لا يكون في الديون ، فلا يكون في السلم فيه ولا في الأمان الخالصة : أى كالدراهم والدينارين ، بخلاف ما إذا كان المبيع إزاء من أحد التقدين فإن فيه الخيار اه . قال في البحر : وأما رأس مال السلم إذا كان عين فإنه يثبت الخيار فيه السلم إليه (قوله وعقود لانتسخ) قال في الفتح : ومحل كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ ، لا فيها لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وإن كانت أعيانا لأنه لا يقيد فيها ، لأن الرد لما لم يوجب الانتسخ بقى العقد قائما ، وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة ، فلو كان له أن يرد كان له أن يرد به (قوله لما لم يرباه) أى العاقدان . قال في البحر : وأما بما لم يره مالم يره وقت العقد ولا قيمه ، وإرادته رؤية العام بالمقصود من باب عموم الجار فصارت الرؤية من أفراد المعنى الجارى ، فيشمل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك ، وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيرا ، وما اشتراه الأعمى . وفي الفتية : اشترى ما يذاق فذقه بطلا ولم يره سقط خياره اه (قوله أى المبيع) أى الذى لم يرباه بأن كان مستورا (قوله فلو لم يشر إلى ذلك الخ) عبارة الفتح هكذا : وفي المبسوط الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز ، فلو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع اه لكن إطلاق الكتاب يقتضى جواز البيع ، سواء سعى جنس المبيع أولا ، وسواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستورا أولا ، مثل أن يقول بعثت منك مائتي كمي ، بل عامة المشايخ قالوا إطلاق الجواب يدل على الجواز عنده ، وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه . والظاهر أن المراد بالإطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره كصاحب الأسرار والخبرة بعد القول بجواز مالم يعلم جنسه أصلا ، كأن يقول بعثت شيئا بعشرة اه كلام الفتح وحاصله التوفيق بين ما قاله عامة المشايخ ، وما قاله بعضهم بحمل إطلاق الجواب على ما قاله شمس الأئمة وغيره من لزوم الإشارة إليه أو إلى مكانه إذ لا يصح بيع مالم يعلم جنسه أصلا : أى لا بوصف ولا بإشارة ، ولذا قال صاحب النهاية يعنى شيئا مسمى موصوفا أو مشارا إليه أو إلى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم اه فأفاد أن لزوم الإشارة عند عدم تسمية الجنس والوصف ، فالتمسية كافية عن الإشارة ؛ حتى لو قال بعثت كرا حنطة ببلدية بكذا والكر في ملكه من نوع واحد في موضع واحد جاز البيع وكذا الإضافة في مثل بعثت عبدي وليس له غيره وذكر الحدود في مثل بعثت الأرض الفلانية ، والمدار على نفي الجهالة الفاحشة ليصح البيع كما حققنا ذلك بما لا مزيد عليه أول البيوع عند قوله وشرط لصحته معرفة قدر مبيع ونحن . فتذكره بالمرآة فإنه ينفعك هنا ، وبهذا التقرير سقط ما في الحواشي السعدية من قوله أقول في كون الإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه شرط الجواز ، سيما بالإجماع (٧٥ - حاشية ابن مابن - ٤)

وفي حاشية أخى زاده الأصح الجواز (وله) أى للمشتري (أن يردّه إذا رآه) إلا إذا حله البائع ليبت المشتري ، فلا يردّه إذا رآه إلا إذا أعاده إلى البائع أشباه (وإن رضى) بالقول (قبله) أى قبل أن يراه لأن خياره معلق بالرؤية بالنص ، ولا وجود للمعلق قبل الشرط :

كلام فإذ لم اء لما علمت من أن الإشارة ليست شرطا دائما بل عند عدم معرف آخر يرفع الجهالة فانهم (قوله) وفي حاشية أخى زاده (أى حاشيته على صدر الشريعة . قال في المنع : وفي حاشية أخى زاده ذكر هذا البحث ، ثم قال : وقال عامة مشايخنا إطلاق الجواب يدل على جوازه وهو الأصح . وقال بعضهم لا يجوز وصحح ، يؤيده ما في جامع الفصولين من الفصل الثالث بشرط كون المبيع حاضرا موجودا مهيا مقدورا للتسليم ، وما في المبسوط من أن الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز ، حتى لو لم يشر إليه أو إلى مكانه لا يجوز بالإجماع اه . وفي العناية قال القدوري : من اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز ، معناه أن يقول بعثك الثوب الذي في كمي هذا أو هذه الجارية المتفقة ، وكذلك العين الغائب المشار إلى مكانه ، وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير مسمى ، والمكان معلوم باسمه والعين معلومة . قال صاحب الأسرار : لأن كلامنا في عين هي بحالة لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا اه ما في المنع مخصصا ، ولا يخفى أن حاصله تقييد إطلاق الجواب بما قاله في المبسوط وغيره كما مر عن فتح القدير ، وهو محمل لإطلاق المتن كصاورة القدوري المذكورة (قوله أى للمشتري) كان ينبغي له مصنف التصريح به لأنه لم يتقدم له ذكر مع إيهام عود الضمير للبائع وإن كان يرتفع بقوله الآتي ولا خيار لبائع (قوله إذا رآه) أى علم به كما قدمناه (قوله إلا إذا حله البائع الخ) في البحر عن جامع الفصولين : شراء وحله البائع إلى بيت المشتري فراه ليس له الرد لأنه لو رده يحتاج إلى الحمل فيصير هذا كبيع حدث عند المشتري ومؤنة رد المبيع بعيب أو بخيار شرط أو رؤية على المشتري ، ولو شري متاعا وحله إلى موضع فله رده بعيب ورؤية لو رده إلى موضع العقد وإلا فلا اه وظاهره أنه إنما يردّه لو رده إلى موضع العقد فيها لو حله المشتري بخلاف البائع ، وهو خلاف ما نقله الشارح عن المشايخ . والذي يظهر عدم الفرق وأن ما ذكره من قوله لأنه لو رده الخ غير ظاهر ، لأنه لا يناسب قوله بعده ومؤنة الرد على المشتري فافهم : ثم رأيت صاحب نور العين اعترض التعليل المذكور بما ذكرته ، ثم إنه يستفاد من كلام الفصولين أن ما أنفقه البائع على تحميله إلى منزل المشتري لا يازم المشتري إذا رد عليه المبيع إلى محل العقد ، لأن البائع متبرع بما أنفقه لأن الواجب عليه التسليم في محل العقد دون التحميل ، وبه يظهر جواب حادثة الفتوى اشترى حديدا لم يره وشرط على البائع تحميله إلى بلدة المشتري ثم رآه فلم يرض به وأراد فسخ البيع بخيار الرؤية أو بفساد العقد بسبب الشرط المذكور . والجواب أنه يلزمه تحميله إلى بلدة البائع ليرده عليه وإن كان الرد بسبب الفساد ، لما صرح به في جامع الفصولين أيضا من أنه رد المبيع فاسدا بعد الفسخ على القابض (قوله وإن رضى بالقول قبله) قيد بالقول لأنه لو أجازاه بالفعل بأن تصرف فيه يزول خياره كما في الشربلية عن شرح المجمع (قوله أى قبل أن يراه) أشار إلى أن الضمير المذكور في قبله عائد إلى المعنى المذكور لا إلى لفظ الرؤية المفهوم من قوله إذا رآه لأنه مؤنث تأمل : وأجاب في البحر بأنه ذكر الضمير للمعنى ، أى لأن المراد من الرؤية العلم كما مر (قوله لأن خياره معلق بالرؤية بالنص) أى بمحدث ، من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه ، قال في الدرر : وفيه أن هذا استدلال بمفهوم الشرط ونحن لا نقول به اه :

قلت : وجوابه أن الأصل في العقد الزوم فلا يثبت الخيار إلا بدليله ، والنص إنما ألبته عند الرؤية فيقول

(ولو فسخ قبلها) قبل الرؤية (صحيح) فسخه (في الأصح) بحر لعدم لزوم البيع بسبب جهالة المبيع فلم يقع مبرما :
(ويثبت الخيار) للرؤية (مطلقا غير مؤقت) بمدة هو الأصح عنابة لإطلاق النص ، مالم يوجد مبطله وهو مبطل خيار الشرط مطلقا ومفيد الرضا بعد الرؤية لأقبلها درر

ماوراءها على الأصل ، فالحكم ثابت بدليل الأصل لا يفهم هذا الشرط . وهذا معنى قول الشارح ولا وجود للمعلق قبل الشرط . وقال في الفتح : والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والإسقاط لا يثبت قبل الثبوت اهـ أى إذا كان الخيار معلقا بالرؤية كان عدما قبلها فلا يصح إسقاطه بالرضا فافهم (قوله لعدم لزوم البيع) بيان للفرق بين الفسخ والإجازة فإنها غير لازمة قبل الرؤية وهو لازم مع استوائهما في التعليق بالشرط في الحديث المار وذلك أن الفسخ له سبب آخر وعدم لزوم هذا العقد ، وما لا يلزم فالمشترى فسخه ولم يثبت للإجازة سبب آخر فثبت على عدم . وحاصله أنه غير لازم قبل الرؤية لجهالة المبيع ، وإذا رآه حدث له سبب آخر لعدم لزومه وهو الرؤية ولا مانع من اجتماع الأسباب على سبب واحد أفاده في البحر (قوله غير مؤقت بمدة) تفسير للإطلاق (قوله هو الأصح) ولعل مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره بحر (قوله هو مبطل خيار الشرط) كتعيب في يده وتعذر رد بعضه وتصرف لا يفسخ كالإعتاق وتوابعه أو *يوجب حقا للغير كالبائع المطلق : أى عن شرط الخيار للبائع والرهق والإجازة قبل الرؤية بعدها ، وما لا يوجب حقا للغير بخيار أى للبائع والمساومة والمبة بلا تسليم بطل بعدها لأقبلها ملحق . وفي جامع الفصولين : مانع بخيار لا يبطل به خيار الرؤية إلا في رواية ، وبخيار المشتري يبطل ، وكذا لو باع بيعا فاسدا وهلك بعض المبيع عند المشتري بطل خياره لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة ، فإذا تعذر رد بعضه بهلاك أو عيب بطل خياره ، ولو عرض بعضه بعد الرؤية على البيع أو قال رضيت ببعضه بطل خياره ، وكذا خيار العيب ، وكذا لو رآه فقبضه وسوله اهـ ، قال في نور العين ومسألة عرض بعضه على البيع ليست وفاقية لما في الخاتبة أو عرض بعضه على البيع بعد الرؤية بطل خياره عند محمد لأعند أبي يوسف اهـ :

قلت : صاحب الخاتبة يقدم الأشهر فتدبر (قوله مطلقا) أى قبل الرؤية وبعدها كما علمت (قوله ومفيد الرضا) نقل لعبارة الدرر بالمعنى لأنه قال ويبطله مالا يوجب حق الغير كالبائع بالخيار والمساومة والمبة بلا تسليم بعد الرؤية لأقبلها ، لأن هذه التصرفات لا تزيد على صريح الرضا ، وهو إنما يبطله بعد الرؤية وأما التصرفات الأولى فهي أقوى لأن بعضها لا يقبل الفسخ وبعضها أوجب حق الغير فلا يملك إبطلاله اهـ :

ثم اعلم أنه في الكنز اقتصر على قوله ويبطل بما يبطل به خيار الشرط ، فأورد عليه في البحر : الأخذ بالشفقة والعرض على البيع ، والبائع بخيار اللباس ، والإجازة ، والإسكان بلا أجر ، والرضا بالمبيع قبل الرؤية فإنها تبطل خيار الشرط دون خيار الرؤية اهـ لكن الصواب إسقاط قوله والإجازة فإنها توجب حقا للغير ، وقد علمت أن مسألة العرض خلافية .

ثم إن ما أورده في البحر احتراز عنه الشارح بقوله ومفيد الرضا بعد الرؤية لأقبلها ، فإن هذه الأشياء لا تبطل خيار الرؤية قبل الرؤية لأنها تفيد الرضا ، وصريح الرضا قبلها لا يبطله ، فلذا قال بعد الرؤية لأقبلها لكن يبقى إيراد البحر وأورد على قوله وهو مبطل خيار الشرط مطلقا فإن هذه الأشياء تبطل خيار الشرط ، فبقوم أنها تبطل خيار الرؤية قبلها وبعدها مع أنها لا تبطله قبلها لما علمت ، ولا يفيد قوله ومفيد الرضا الخ ، لأن بعض

فله الأخذ بالشفعة ثم رد الأول بالرؤية در من خيار الشرط فيحفظ :
(ويشترط للفسخ علم البائع) بالفسخ خوف الغرر (ولا خيار لبائع مالم يره) في الأصح (وكفى رؤية ما يؤذن بالمقصود كوجه صبرة)

ما يبطل خيار الشرط يفيد الرضا ، كالعتق والبيع ونحوها من التصرفات ، ويبطل خيار الرؤية قبلها وبعدها .

[تنبيه] عد في البحر مما يبطل خيار الرؤية قبض المبيع ونقد الثمن بعد الرؤية . زاد في جامع الفصولين : وكذا لو رآه فقبضه رسوله اه وحمله إلى بيت المشتري فإذا رآه ليس له رده مالم يره إلى موضع العقد كما مر بيانه : وكذا لو اشترى أرضا لم يرها وأغارها فزرعها المستعير ، وكذا لو شري عدل ثياب فليس واحدا بطل خياره في الكل اه (قوله فله الأخذ بالشفعة الخ) تفريع على قوله لا قبلها : أى إذا كان مفيد الرضا لا يبطل خيار الرؤية قبل الرؤية ، فلو شري دارا ولم يرها فبيعت دار يحنها فله أخذ الثانية بالشفعة ، ولا يبطل خياره في الأول حتى إذا رآها ولم يرض بها فله ردها بخيار الرؤية (قوله در من خيار الشرط) وكذا ذكره الشارح هناك عن المعراج بقوله بخلاف خيار رؤية وعيب :

[تنبيه] إنما عزا ذلك إلى الدرر من خيار الشرط مع أنه في الدرر لم يكره في هذا الباب مقنا بقوله كذا طلب الشفعة بما لم يره لأنه جعله مبطلا لخيار الرؤية قبل الرؤية وهو غير صحيح (قوله خوف الغرر) أى غرر البائع بسبب اعتياده على شرائه فلا يطلب لسلعه مشترى آخرط (قوله ولا خيار البائع مالم يره في الأصح) بأن ووث حينما باعها لا خيار له بالإجماع السكونى در متنى : أى وقع الحكم بمحض من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم يرو عن أحد منهم خلافه فكان إجماعا سكوتيا كما بسطه في الفتح ، وهو قول الإمام المرجوع إليه كما في البحر ، وبه ظهر أن قوله في الأصح لا محمل له لإيهامه أن مقابله صحيح مع أن ما رجع عنه المجتهد لم يبق قولاً له لأنه في حكم المنسوخ (قوله وكفى رؤية ما يؤذن بالمقصود) لأن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعلمه فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود هداية والمراد أن رؤية ذلك قبل الشراء كافية في سقوط خياره بعده لأنه قد اشترى ما رأى فلا خيار له ، وليس المراد أنه لو اشترى قبل الرؤية ثم رأى ذلك يسقط خياره كما توهمه بعض الطلبة فاستشكله بأن خيار الرؤية غير مؤقت وأنه إذا رآه بعد الشراء لا يسقط إلا بقول أو فعل يدل على الرضا فكيف يسقط بمجرد رؤية ما يؤذن بالمقصود أفاده في النهر ، ويشير إليه الشارح ولا شك أنه توهم ساقط ولا لزوم أن لا يثبت خيار الرؤية بعد الشراء إلا قبل الرؤية بعده ولا قائل به مع أن الرؤية بعد الشراء شرط ثبوت اختيار على ما مر (قوله كوجه صبرة) المراد بها ما لا تتفاوت آحاده . قال في الفتح : فإن دخل في البيع أشياء ، فإن كانت الآحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون ، وعلمته أن يعرض بالتفويض فيكتفى برؤية واحد منها في سقوط اختياره إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار : أى خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في التنايع . وحل في الكافي بأنه إنما رضى بالصفة التي رآها لا بغيرها ومفاده أنه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف أى صاحب الهداية والتحقيق أنه خيار عيب إذا كان اختلاف الباقي يوصله إلى حد العيب ، وخيار رؤية إذا كان لا يوصله إلى اسم العيب بل الدون ، وقد يجتمعان فيما إذا اشترى مالم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيباً ثم أراه المبيع في الحال اه : وأقره في البحر :

والحاصل أنه إذا كان الباقي أردأ مما رأى لا يكتفى برؤية بطله : أى لا يسقط بها الخيار مطلقاً ، وإنما يسقط

ورقيق و) وجه (عابة) تركب (وكفلها) أيضا في الأصح (و) رؤية (ظاهر ثوب مطوى)

بها خيار الرؤية فقط ، ويبقى خيار العيب على مافى الينابيع أو يبقى معها خيار الرؤية على مافى الكافي والتحقيق التفصيل ، وهو أنه إن كان الباقي معيبا يبقى الخياران وإلا فخيار الرؤية فقط . وهذا التقرير مسقط مافى النهر حيث قال : وعندى أن مافى الكافي هو التحقيق ، وذلك أن هذه الرؤية إذا لم تكن كافية ، فما الذى أسقط خيار رؤيته حتى انتقل منه إلى خيار العيب فتدبره اه وهذا اعتراض على مافى الينابيع ، والجواب أنها قد أسقطت خيار الرؤية وإنما لم تكن كافية في لزوم المبيع لأنه يبقى معها خيار العيب كما قررنا به كلام الينابيع وعلمت ما هو التحقيق . ثم قال في الفتح : ثم السقوط رؤية البعض إذا كان في وعاء واحد ، فلو في أكثر فقل كذلك ، وقيل لابد من رؤية كل وعاء ، والصحيح الأول لأن رؤية البعض تعرف حال الباقي ، هذا إذا ظهر أن مافى الوعاء الآخر مثله أو أجد ، فلو أردا فهو على خياره اه :

[تنبيه] قال في جامع الفصولين : فإن قال المشتري لم أجد الباقي على تلك الصفة ، وقال البائع هو على تلك الصفة فالقول للبائع والينة للمشتري اه ومثله في الخالية : ولا يخفى أن هذا إذا هلك الفودج الذى رآه وادعى المشتري مخالفة الباقي ، أما لو كان موجودا فإنه يعرض على من له خبرة بذلك فيتضح الحال ، لكن بقى شيء وهو أن هذا إنما يظهر لو كان المبيع حاضرا مستورا بكيس أو نحوه ، أما لو كان غائبا وأحضر له النافع الفودج وهلك ثم أحضر له الباقي فادعى المشتري أنه ليس على الصفة التى رآها في الفودج فيبغى أن يكون القول للمشتري لأنه منكر ضمنا كون ذلك هو المبيع ، بخلاف ما إذا كان حاضرا لاتفاقهما على أنه المبيع وإنما الاختلاف في الصفة وبهذا ظهر أن ما بحثه الخبير الرملى في حواشيه على الفصولين من أنه لو هلك الفودج فالقول للمشتري لأنكاره كقول الباقي هو المبيع ضمنا محمول على ما لو كان غائبا كما قلنا وإلا خالفه صريح المقول كما علمت فاعظم هذا التحرير (قوله ورقيق) أى وجهه رقيق أو أكثر (۱) كما في السراج عبدا كان أو أمة ، لأن سائر الأعضاء في العبد والإمام تبع للوجه ، ولذا تفاوتت القيمة ، إذا فرض تفاوت الوجه مع تساوى الأعضاء ، ودل كلامه أنه لو نظر لسائر أعضائه غير الوجه لا يسقط خياره ، وبه صرح في السراج نهر . ولا يشترط رؤية الكفين واللسان والأسنان والشعر عندنا بحر (قوله تركب) احتراز عن شاة اللحم أو القنية والبقرة الحلوب أو الناقة كما في النهر وبأن حكمها (قوله وكفلها) أى مع كفلها بفتح الحاء بمعنى العجز ، وأفاد أن رؤية القوائم غير شرط وهو الصحيح نهر (قوله في الأصح) هو قول أبى يوسف ، واكتفى محمد برؤية الوجه نهر (قوله وظاهر ثوب مطوى الخ) لأن البادى يعرف مافى الطى فلو شرط ففهمه لتضرر البائع بتكسر ثوبه وتقصان بهجته ، وبذلك ينقص ثمنه عليه إلا أن يكن له وجهان فلا بد من رؤيتهما ، أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ، قبل هذا في عرفهم . أما في عرفنا فالمراد بباطن الثوب لا يسقط خياره لأنه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب ، وهو قول زفر : وفي المبسوط الجواب على ما قال زفر فتح وبحر :

قلت : ومقتضى التعليل الأخير أنه لو لم يختلف مسقط الخيار إلا إذا ظهر باطنه أردأ من ظاهره فله الخيار على ما مر : وبقي شيء لم أر من ليه عليه ، وهو ما لو كان المبيع أنوبا متعددة وهى من غط واحد لا تختلف عادة بحيث يباع كل واحد منها بثمان متعده . وبظهرى أنه يكفى رؤية ثوب منها إلا إذا ظهر الباقي أردأ وذلك لأنها تباع بالفودج في عادة التجار ، فإذا كانت ألوانا مختلفة ينظرون من كل لون إلى ثوب واحد ، بل قد يقطعون من كل لون قطعة

(۱) قوله أى وجهه رقيق أو أكثر (عبارة طوكلا إذا نظر إلى أكثر الوجه لأنه كثرى بجمه اه .

وقال زفر : لابد من نشره كله ، هو المخار كما في أكثر المعبرات قاله المصنف (ودخل دار) وقال زفر : لابد من رؤية داخل البيوت ، وهو الصحيح وعليه الفتوى جوهرة ، وهذا اختلاف زمان لبرهان ، ومثله الكرم والبستان (و) كنى (حبس) شاة لحم ونظر) جميع جسد

قدر الأصبع ويلصقون القطع في ورقة ، فيعلم حال جميع الأبواب برؤية هذه الورقة ويكون طول الثوب وعرضه معلوما فإذا وجدت الأبواب كلها على الحال المرئي والمعلوم بلا تفاوت بينها ينبغي أن يسقط خيار الرؤية ، لأنها حينئذ تكون بمنزلة العددي المتقارب كالجوز والبيض ، إذ لا شك أنه قد يحصل تفاوت بين جورة وجورة ولكنه يسير لا ينقص الثمن ، فإذا كان نوع من الثياب على هذا الوجه لا يختلف ثوب منها عن ثوب اختلافاً ينقص الثمن عادة كان كذلك ولا سيما إذا كانت الثياب من سدى واحد ، لأنه داخل تحت قول الهداية وغيرها أنه يكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود . وفي الزيلعي : لو كان أشياء لا تتفاوت آحاده كالمكيك والموزون ، وعلامته أن يعرض بالفودج يكتفى برؤية بعضه لجريان العادة بالاكتماء ببعض في الجنس الواحد ولوقوع العلم به بالباقي إلا إذا كان الباقي أردأ فله الخيار فيه وفي رأي ، وإن كان آحاده تتفاوت وهو الذي لا يباع بالفودج كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد من أفرادها ، لأنه برؤية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت أه أي للتفاوت الفاحش بين عبد وعبد وثوب وثوب ، ولكنه جعل المناطق في الفرق تفاوت الآحاد وعرضه في العرف بالفودج وعدمه يدل على أنه لو كان نوع من الثياب لا تتفاوت آحاده ، ويعرض بالفودج في العادة كما قلنا فهو في حكم المكيك والموزون . وذكر في الهداية أنه يجوز السلم في المروحات لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة لأن الحيوان ، لأن فيه تفاوتاً فاحشاً في المالبية باعتبار المعاني الباطنة فيفضى إلى المنازعة ، بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد قلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد أو مراده أنهما يتفاوتان قليلا كما في الفتح أي بحيث لا يعجز عادة ولا يفضى إلى المنازعة ، فقد اغتفروا التفاوت اليسير في السلم الوارد على خلاف القياس لأنه بيع معدوم ، فينبغي أن يقال هنا كذلك ، ولهذا اكتفى في العددي المتقارب برؤية البعض في الصحيح خلافاً للكرخي ، وهذا ما ظهر في بحثنا (قوله وقال زفر الخ) قال في النهر : قيل هذا قول زفر . وهو الصحيح وعليه الفتوى ، واكتفى الثلاثة برؤية خارجها وكذا برؤية بعضها ، والأصح أن هذا بناء على عادتهم في الكوفة أو بغداد فإن دورهم لم تكن متفاوتة إلا في السكبر والصغر وكونها جديدة أولا ، فأما في ديارنا فهي متفاوتة : قال الشارح الزيلعي لأن بيوت الشعوية والصيفية والعاوية والسفلية مرافقها وطلابها وسطوحها مختلفة فلا بد من رؤية ذلك كله في الأظهر . وفي الفتح : وهذا هو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق ، وهذا عرف أن كون ما في الكتاب قول زفر كما ظنه بعضهم غير واقع موقعه لأنه كان في زمانهم ، ولم يكن برؤية الخارج فكان مذهبه عدم الاكتفاء به . مطلقاً أه كلام النهر :

وحاصله أن اثنتي عشرة اكتفوا برؤية خارج البيوت وصحت الدار لكونها غير متفاوتة في زمانهم وزفر كان في زمانهم وقد خالفهم ، فلم أنه قائل باشتراط رؤية داخلها وإن لم تتفاوت ، وهذا خلاف ما مضى من اشتراط رؤية داخلها في ديارنا لتفاوتها فيكون اختلاف عصر وزمان . أما اختلاف زفر فهو اختلاف حجة وبرهان لا اختلاف عصر وزمان (قوله ومثله الكرم والبستان) فلا بد في البستان من رؤية ظاهره وباطنه ، وفي الكرم لابد من رؤية العنب من كل نوع شيئاً ، وفي الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض ، وفي التمار على رؤوس الأشجار تعتبر رؤية جميعها ، بخلاف الموضوع على الأرض بحر : وذكر في فصل ما يدخل في البيع تبعاً لشرى التمار هل

(شاة قنية) للدر والنسل مع ضرعها ظهيرية وضرع بقرة حلوب ولاقه لأنه المقصود جوهره (و) كفى ذوق مطبوع وشم مشوم (لا خارج دار ومصنعا) على المفتي به كما مر (أورؤية دهن في زجاج) لوجود الحائل (وكنى رؤية وكيل قبض و) وكيل شراء (لأورؤية رسول) المشتري وبيانه في الدر :

رؤوس الأشجار فرأى من كل شجرة بعضها يثبت له خيار الرؤية^(۱) اه وهما يناني ما ذكره في السكرم ، ولعله يفرق بين ما إذا اشترى الشجر بثمره فيكنى أن يرى من كل نوع شيئا وبين ما إذا اشترى الثمر مقصودا متأمل (قوله شاة قنية) هي التي تحبس في البيوت لأجل التناج ، من اقتنيته اتخذت لنفسه قنية أى للنسل لا للتجارة بحر ، فقوله للدر والنسل تفسير لما (قوله مع ضرعها) قال في البحر بعد عزوه للظهيرية فليحفظ ، فإن في بعض العبارات ما يوهم الانتصار على رؤية ضرعها اه لكن في النهر الظاهر أنه لو اقتصر عليه كفاه كما جزم به غير واحد (قوله وشم مشوم) وفي دغوف المخاى لا بد من سماع صوتها لأن العلم بالشئ يقع باستعمال آلة إدراكه ولا يسقط خياره حتى يدركه زيلعي (قوله لوجود الحائل) فهو لم ير الدهن حقيقة . وفي التحفة : لو نظر في المرآة فرأى المبيع ، قالوا لا يسقط خياره ، لأنه ما رأى عينه بل مثاله . ولو اشترى سمكا في ماء يمكن أخذه بلا اصطيد فرأى فيه ، قبل يسقط خياره لأنه رأى عين المبيع ، وقيل لا لأنه لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما كان فهذه الرؤية لا تعرف بالمبيع بحر (قوله وكنى رؤية وكيل قبض وشراء) فلا خيار له ولا لموكله وهذا أو بشره شئ لا يبيع . في المعين : ليس للوكيل خيار رؤية ، وإذا شري مارآه موكله ولم يعلم به الوكيل فله الخيار إذ لم يره كذا في جامع الفصولين ، واحتراز عما لو وكله بالرؤية مقصودا وقال إن رضيته فخله لا يصح ولا نصير رؤيته كرويه موكله . جامع الفصولين . قال في البحر لأنها من المباحات لا تتوقف على توكيل إلا إذا فوض إليه الفسخ والإجازة كما في المحيط وكله بالنظر إلى ما شراه ولم يره ، إن رضى يلزم العقد ، وإن لم يرض يفسخ يصح لأنه جعل الرأى والنظر إليه فيصح كما لو فوض الفسخ والإجازة إليه في البيع بشرط الخيار اه . قال في النهر : ودل كلامه أن رؤيته قبل التوكيل به لا أثر لها فلا يسقط بها الخيار كما في الفتح وغيره (قوله لأورؤية رسول المشتري) سواء كان رسولا بالقبض أو بالشراء زيلعي (قوله وبيانه في الدر) حيث قال : اعلم أن ههنا وكلا بالشراء وكيل بالقبض ورسولا : وصورة التوكيل بالشراء أن يقول كن وكلا عنى بشراء كذا ، وصورة التوكيل بالقبض أن يقول كن وكلا عنى بقبض ما اشتريته وما رأيته . وصورة الرسالة أن يقول كن رسولا عنى بقبضه فروية الوكيل الأول تسقط الخيار بالإجماع ، ورؤية الثاني تسقط عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا قبضه ناظرا إليه فيحينئذ ليس له ولا للموكل أن يرده إلا بعيب . وأما إذا قبضه مستورا ثم رآه فأسقط الخيار فإنه لا يسقط ، لأنه لما قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك إسقاطه قصدا لصبر ورته أجنبيا وإن أرسل رسولا بقبضه فقبضه بعد مارآه فلمشترى أن يرده . وقال الوكيل بالقبض والرسول سواء في أن قبضهما بعد الرؤية لا يسقط خيار المشتري اه ح قال في الشرنبلالية : وفيه نظر لأنه لا خلاف في هذه الحالة ، وما الخلاف إلا في نظر الوكيل بالقبض حالة قبضه لاني نظره السابق على قبضه ولا المتأخر عنه كما في التبيين اه ط .

(۱) (قوله يثبت له خيار الرؤية) أي وتكون رؤية المبيع كالية ، بخلاف المسألة السابقة فانه اشترط رؤية الجميع ولا يمكن رؤية البعض ، وليس المراء أن رؤية البعض غير معبرة بل يكون له الخيار عند رؤية الجميع حتى لا يخالف العبارة السابقة اه .

(وصح عقد الأعمى) ولو لغیره وهو کالبصیر إلا فی اثنتی عشرة مسألة مذكورة فی الأشياء (وسقط خياره بحسب مبیع وشبه وذوقه) فمما یعرف بذلك (ووصف عقار) وشجر وعبد ، وكذا کل ما لا یعرف بحسب وشم وذوق حدادی أو بنظر وکیله ، ولو أبصر بعد ذلك فلا خيار له ، هذا كله (إذ وجدت) المذكورات كشم الأعمى ، وكذا رؤية البصیر وجه الصبرة ونحوها نهر (قبل شرائه ولو بعده یثبت له الخيار بها) أى بالمذكورات لأنها

[تنبیه] نقل فی البحر عن الفوائد أن صورة الرسالة أن یقول کن رسولاً عنی فی قبضه أو أمرتک بقبضه أو أرسلتک لتقبضه أو قل لفلان أن یدفع المبیع إلیک ، وقبل لافرق بین الرسول والوکیل فی فصل الأمر ، بأن قال اقض المبیع فلا یسقط الخيار اه . وذكر فی البحر من کتاب الوكالة عن البدائع أن الإيجاب من الموکل أن یقول وکلتک بکذا أو افعل کذا أو أذنت لک أن تفعل کذا ونحوه اه فهذا صریح فی أن الأمر والإذن توکیل ، لیکن ذکر هناك عن الولوالجیة ما یدل على أن الأمر توکیل إذا دل على إنابة المأمور مناب الأمر ، وسیأتی تحریره هناك إن شاء الله تعالی ، وکتبت هنا فی تنقیح الحامدية بعضی ذلك فراجعہ (قوله ولغیره) کان یكون وصیا أو وکیلاً .

مطلب الأعمى کالبصیر إلا فی مسائل

(قوله إلا فی : اثنتی عشرة مسألة) قال فی الأشياء : وهو کالبصیر إلا فی مسائل منها لاجهاد علیه ولا جمعة ولا جماعة ولا حج وإن وجد قنذا ، ولا یصلح للشهادة مطلقاً على المعتمد والقضاء والإمامة العظمی ولادیه فی عینه ، وإنما الواجب الحكومة . وتکره إمامته إلا أن یكون أعلم القوم ولا یصبح عتقه عن کفارة ولم أر حکم ذبحه وحیده وحضائمه ورؤیته لما اشتراه بالوصف ، وینبغی أن یکره ذبحه . أماحضائمه فإن أمکنه حفظ المحضون کان أهلاً وإلا فلا ، ویصلح ناظراً ووصیا . والثانیة فی منظومة ابن وهبان والأول فی أوقاف ملال کما فی الإسعاف اه وقوله ولا یصلح للشهادة مطلقاً : أى ولو فمما تقبل فیهِ الشهادة بالتسامع ، وقوله ولا یصبح عتقه مصدر مضاف للمفعول أى أن یعتقه سیده عن کفارته ، وقوله ولم أر الخ عبارته فی البحر : ویکره ذبحه ولم أر حکم صیده ورمیه واجتهاده فی القبله ، وقوله ورؤیته لما اشتراه بالوصف رؤیته مبتداً أخبره قوله بالوصف أى علمه بالمبیع احتیاج للرؤیة بالوصف ، وقوله ویصلح ناظراً ووصیا لیس من المستثنیات لأنه وافق فیهِ البصیر (قوله وسقط خياره بحسب مبیع الخ) محمول على المأذوا وجد منه الجنس ونحوه قبل الشراء . وأما إذا اشترى قبل أن یوجد منه ذلك لا یسقط خياره بوجوده بل یثبت باتفاق الروایات ویمتد إلى أن یوجد منه ما یدل على الرضا من قول أو فعل فی الصحیح شرنبلالیة عن الزیلعی (قوله وكذا کل ما لا یعرف بحسب الخ) ظاهره أن ما یعرف بالجنس ونحوه لا ینفی فیهِ الوصف وكذا عکسه وأنه لا یشتراط اجتماع الوصف والجنس ، لیکن فی المراج : وعن أبی یوسف اعتبار الوصف فی غیر العقار . وقال أئمة بلخ : یمس الحیطان والأشجار . وعن محمد یحیی الممس فی الثیاب والحلقة ، ثم قال : وبالحملة ما یقف به على صفة المبیع فهو المعبر ، فحیث لا تختلف هذه الروایات فی المعنی ، لأن الخيار ثابت للأعمى لجهله بصفات المبیع فإذا زال ذلك بآی وجه کان یسقط خياره اه .

[تنبیه] فی البحر عن البدائع : لأبد فی الوصف للأعمى من ینفی عن المبیع على ما وصف له ، لیكون فی حقه بمنزلة الرؤیة فی حق البصیر (قوله أو بنظر وکیله) أى وکیل الشراء أو القبض لا وکیل النظر إلا إذا فرض إلیه الفسخ والإجازة على ما مر (قوله بعد ذلك) أى من الجنس ونحوه أو الوصف أو نظر الوکیل (قوله فلا خيار له) لأنه قد سقط فلا یعود إلا بسبب جدید ، ولو اشترى البصیر ثم عی انتقل الخيار إلى الوصف بحر (قوله لا أنها)

مسئلة كما غلط فيه بعضهم (فيعتد) خياره في جميع عمره على الصحيح (ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا على قول أو فعل) أو يتعيب أو يهلك بعضه عنده ولو قبل الرؤية ، ولو أذن للأكار أن يزرعها قبل الرؤية فزوجهما بطل لأن فعله بأمره كفضله عيني ولو شري نافجة مسك فأخرج المسك منها لم يرد خيار رؤية ولا عيب لأن الإخراج يدخل عليه عيبا ظاهرا نهر :

(ومن رأى أحد ثوبين فاشترهما ثم رأى الآخر فله رد هما) إن شاء (لارد الآخر وحده) لتفريق الصفقة . (ولو اشترى مارأى) حال كونه (قاصدا لشرائه) عند رؤيته ، فلو رآه لا قصد شراء ثم شراه ، قيل له الخيار ظهيرية ، وجهه ظاهر لأنه لا يتأمل التأمل المعيد بحر . قال المصنف : ولقوة مدركه عونا عليه (حالما بأنه مرثيه) السابق (وقت الشراء) فلو لم يعلم به خير لعدم الرضا رد (فلا خيار له إلا إذا تغير) فيخير : (رأى ثيابا فرغ البائع بعضها ثم اشترى الباقي ولا يعرفه فله الخيار) وكذا لو كانا منفويين وتناوتا لأنهما ربما يكون الأردأ بالأكثر ثمتنا :

(ولو سى لكل واحد) مع الثياب (عشرة لا) خيار له لأن الثمن لما لم يختلف استويا في الأوصاف : ر

أى الرؤية بهذه المذكورات (قوله كما غلط فيه بعضهم) أى بعض الطلبة وقدمنا بيانه (قوله أو يتعيب) بالخزم عطفًا على مدخول لم وهو يوجد لأعلى قول لأن التعيب والهلاك ليسا من المشتري البتة ، وإنما اشترى الرد هلاك البعض لأنه يلزم عليه تفريق الصفقة كما يأتي (قوله ولو قبل الرؤية) مبالغة على قوله أو يتعيب أو يهلك بعضه ، وأما الفعل فنه . يسقط بعد الرؤية فقط . وبه سقط ما بحثه الحموى في شرحه أنه لو وجد بعد إخراجها متقطع الزائفة ، فالظاهر في البحر عن اللوالبجية : وبه سقط ما بحثه الحموى بل وللمعقول ، إذ كيف يسوغ الرد بعد حملوث عيب جديدا . أن له رده بخيار العيب لأنه بحث مخالف للمقول بل وللمعقول ، إذ كيف يسوغ الرد بعد حملوث عيب جديدا . (قوله يدخل عليه عيبا ظاهرا) حتى لو لم يدخل كان له أن يرد بخيار العيب والرؤية جميعا بحر (قوله لتفريق الصفقة) يأتي بيانه . واستفيد منه أنه لو رآهما فرضي بأحدهما أنه لا يرد الآخر بحر (قوله قاصدا لشرائه عند رؤيته) فلو قصد شراه ثم رآه لكنه عندها لم يقصد الشراء ثم شراه ثبت له الخيار للعلة المذكورة ط (قوله قال المصنف الخ) قال الخبير الرملى : هو خلاف الظاهر من الرواية ، وقد ذكره في جامع الفصولين أيضا بصيغة ، قيل وهى صيغة التريض فكيف يحول عليه في منه والمتون موضوعة لما هو الصحيح من المذهب تأمل اه ، وكذا رده المقدسى بأنه مناف لإطلاقاتهم (قوله فلو لم يعلم به) كان رأى جارية ثم اشترى جارية متقبة لا يعلم أنها التى كان رآها ثم ظهرت إياها ، فإن له الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا أو رأى ثوبا غلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك فتح (قوله ولا يعرفه) أى الباقي بحر (قوله وكذا لو كانا ملفوفين الخ) في البحر عن الظهيرية لو رأى ثوبين ثم اشترى أحدهما بشن متفاوت ملفوفين فله الخيار لأنه ربما يكون الأردأ بأكثر الثمنين وهو لا يعلم اه أى بأن اشترى أحدهما بعينه بعشرة والآخر بعينه بعشرين مثلا فإنه لا يعلم وقت الشراء أن الذى قبله العشرين جيد أو ردىء ، أما لو شري أحدهما بعشرين ولم يعينه فسد البيع لجهالة المبيع ، ولو اشترى كل واحد بعشرة فلا خيار له لأنه عالم بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء حيث سوى بينهما في الثمن ، لأنه دليل تساويهما في الوصف فيكون عالما بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء ذخيرية . وبه علم أن علة الخيار في الأولى هى جهل وصف المبيع وقت الشراء وإن تبين أن الثمن الأدنى للأعلى فافهم . وأيضا فيه أحوال دخول الضرر على المشتري فيما لو ظهر الأحسن معينا وكان ثمنه أقل فإنه يردده على البائع بالثمن الأقل ويبقى عليه الأدنى بالثمن الأعلى (قوله ولو سى الخ) هذا

(والقول للبائع) بيمينه إذا (اختلفا في التغير) هذا (لو المدة قرية) وإن بعيدة فالقول للمشتري عملاً بالظاهر وفي الظهيرة: أشهر فما فوقه بعيد. وفي المتع: الشهر في مثل الدابة والمملوك قليل (كما) أن القول للمشتري بيمينه (لو اختلف في أصل (الرؤية) لأنه ينكر الرؤية، وكذا لو أنكر البائع كون المردود مبيعاً في بيع بات أو فيه خيار شرط أو رؤية فالقول للمشتري، ولو فيه خيار عيب فالقول للبائع. والفرق أن المشتري يتفرد بالنسخ في الأول لا العكس.

(اشترى عدلاً من متاع ولم يره (وباع) أو ليس نهر (منه ثوباً)

تفصيل لمآلة الثوبين الموقوفين المذكورة في الشرح كما ظهر لك مما نقلناه عن الذخيرة، وقد جعله المصنف تفصيلاً لقوله رأى ثياباً الخ. والظاهر أن الحكم فيها كذلك تأمل (قوله والقول للبائع الخ) هذا من تنمة قوله فلا خيار له إلا إذا تغير فكان المناسب ذكره عقبه كما هو الواقع في كثير من الكتب حتى في الهداية والمتقى والكنز والغرر (قوله عملاً بالظاهر) فإن الظاهر أنه لا يبقى الشيء في دار التغير وهي الدنيا زماناً طويلاً لم يطرقة التغير: قال محمد رأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين أو عشرين وقال تغيرت أن لا يصدق بل يصدق، لأن الظاهر شاهد له. قال شمس الأئمة وبه يفتي الصدر الشهيد والإمام الرغيفاني فيقول: إن كان لا يتفاوت في تلك المدة غالباً فالقول للبائع، وإن كان التفاوت غالباً فالقول للمشتري. مثاله لو رأى دابة أو مملوكاً فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع، لأن الشهر في مثله قليل فتح، والمراد التغير بتقصان بعض الصفات كتقص الحسن أو القوة، لا بمرور عيب لأن عروضة قد يكون في أقل من شهر، وبه يثبت خيار العيب (قوله لو اختلفا في أصل الرؤية) بأن قال له البائع رأيت قبل الشراء وقال المشتري ما رأيته، وكذا لو قال له رأيت بعد الشراء ثم رخصت، فقال رخصت قبل الرؤية كما في البحر (قوله لأنه ينكر الرؤية) أي وهي أمر عارض والأصل عدمه. وبقي ما لو رأى النموذج وهلك ثم ادعى مخالفته للباني وقدسنا بيانه (قوله في بيع بات) كذا في التبر والفتح. والظاهر أنه أراد به اللزوم وهو مالا خيار فيه بقرينة المقابلة، ولذا قال ح الظاهر أن الرد فيه بالإقالة اه فافهم (قوله والفرق) أي بين ما القول فيه للمشتري وما القول فيه للبائع من الخيارات الثلاث، وبياناه في الفتح والتبر أن المشتري في الخيار ينسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه إذا انسخ يكون الاختلاف بعد ذلك في المقبوض والقول فيه للقباض ضميناً كان أو أميناً كالغاصب والمودع، وفي البيع لا يتفرد لكنه يدمي ثبوت حتى الفسخ فيها أحضره والبائع ينكره والقول قول المتكرر اه.

ثم اعلم أن هذا في الاختلاف في المردود عند الفسخ، أما لو اختلفا في تعيين ما فيه خيار الشرط عند الإجازة ممن له الخيار، فقد ذكره في البحر عن الظهيرة وقدسنا حاصله قبل هذا الباب (قوله اشترى عدلاً) بكسر العين هو أحد فرقتي الحمل (قوله من متاع) هو ما يمتنع به من ثياب ونحوها، وهذا من القيميات، ولم أر من ذكر المثليات من مكمل وموزون. والظاهر أنه لا فرق بينهما في هذا الحكم لأنه إذا كانت العلة تفريق الصفقة فهو غير جائز في المثل أيضاً كما قدمناه أول البيوع عند قوله كل المبيع بكل الثمن، وسيأتي حكم الرد بالعيب في المثليات في الباب الآتي عند قوله أو كان المبيع طعاماً فأكله أو بعضه (قوله ولم يره) قيد به ليتمكن تأني خيار الرؤية فيه ولا ينافيه ذكر خيار العيب والشرط لأنها قد يجمعان مع خيار الرؤية فافهم (قوله أو ليس) أي حتى تغير كافي الحاكم. قال الخليل الرمي: وكذا لو استهلكه أو هلك أو كان عبداً مات أو اعتقه كما صرح به في التارخالية اه: وفي الحاوي: اشترى أربعة برود على أن كلا منها ستة عشر ذراعاً فباع أحدها ثم ذرع البقية فإذا هي خمس عشرة

بعد القبض (أو وهب وسلم رده بخيار حيب لا) بخيار (رؤية أو شرط) الأصل أن رد البعض يوجب تفريق الصفقة وهو بعد انقضاء جائز لأقله فخير الشرط والرؤية بمنعنا تمامها ؛ وخيار العيب بمنعه قبل القبض لأبعده ، وهل يعود خيار الرؤية بعد سقوطه عن الثاني لا كخيار شرط ، وصحة قاضيخان وغيره .

[فروع] شري شيئا لم يره ليس للبائع مطالبة بالثمن قبل الرؤية .

ولو تباعا عينا بعين فلهما الخيار مجتبى ؛
شري جارية بعبد وألف فتقايضا ثم رد بائع الجارية بخيار الرؤية لم يبطل البيع (١) في الجارية بحصة الألف
ظهيرية ، لما مر أنه لا خيار في الدين .
أراد بيع ضيقة ولا يكون للمشتري خيار رؤية ، فالخيلة أن يقر بثوب لإنسان

فله رد البقية (قوله بعد القبض) قيد به في الجامع الصغير ، وكأن المصنف استغنى عنه بقوله باع ، لأن ما لم يقبض لا يصبح بيعه ولا يهتبه نهر ؛ أي لا يصبح بيعه أو منقولا ، بخلاف العقار . وأفاد أنه قبل القبض لا فرق بين الخيارات الثلاث في أنه لا يرد الباقي كما يعلم مما يأتي (قوله رده) أي الباقي من العدل (قوله الأصل أن رد البعض) أي بعض المبيع كرد باقي العدل ورد أحد الثوبين فيما لو رأى أحدهما ثم رأى الآخر في مسألة المتن المارة وأمثال ذلك (قوله يوجب تفريق الصفقة) أي تفريق العقد ، بأن يوجب الملك في بعض المبيع دون البعض ، وقد سئل عن البيوع ما يوجب تفريقها وعنده ، وسئى العقد صفقة للعادة في أن المتبايعين يصفق كذا (٢) في كف الآخر (قوله بمنعنا تمامها) فإن خيار الرؤية مانع من تمام ، أما خيار الشرط فإنه مانع ابتداء لكن ما يمنع الابتداء يمنع تمام . وأطلقه فشمّل ما قبل القبض أو بعده وذلك لأن له الفسخ بغير قضاء ولا رضا فيكون فسحا من الأصل لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفتها المبيع ولذا لا يحتاج إلى القضاة أو الرضا كما في الفسخ (قوله وخيار العيب بمنعه) أي يمنع تمام الصفقة قبل القبض ، ولذا يفسخ بقوله رددت ، ولا يحتاج إلى رضا البائع ولا إلى القضاء . ولا يسمعه بعده ولذا أو رده بعده لا يفسخ إلا برضا البائع أو بحكم (قوله وهل يعود خيار الرؤية الخ) أي بأن عاد الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة ، فهو أي مشتري العدل على خياره فله أن يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الأصل وهو تفريق الصفقة ؛ كما ذكره شمس الأئمة السرخسي . وعن أبي يوسف لا يعود ، لأن الساقط لا يعود كخيار الشرط إلا بسبب جليده وصحة قاضيخان ، وعليه اعتاد القدوري وحقيقة المحقق مختلفة ؛ فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعان فيعمل المتقاضى وهو خيار الرؤية عمله ، ولحظه الثاني مسقطا فلا يعود بلا سبب وهذا أوجه ، لأن نفس التصرف يدل على الرضا ويبطل خيار قبل الرؤية وبعدها فتح . وادعى في البحر أن الأول أوجه ، ورده في النهر (قوله ليس للبائع مطالبة بالثمن قبل الرؤية) لعدم تمام العقد قبلها (قوله فلهما الخيار) أي باعتبار أن كلامهما مشترطين التي باعها الآخر (قوله لم يبطل البيع في الجارية بحصة الألف) أي بل يبطل بحصة العبد ، فإن كانت قيمته خمسمائة مثلا يبطل البيع في ثلث الجارية وبقي في حصة الألف وهي الثلاثمائة (قوله لما مر أنه لا خيار في الدين) أي مر أول الباب في قوله فليس في ديون وتقود الخ ، وإذا لم يكن له خيار في الألف يبقى البيع لازما من الجارية بقدر

(١) (قول الفشارح لم يبطل البيع الخ) متفق على هذا أن تصير الجارية مشتركة فيعتد لمشتريها الخيار لعينها بالشركة وتفرق الصفقة عليه اه سئل أي وتفرق الصفقة في الدين الواحدة ويجب الخيار وإن كان بعد تمام اه .
(٢) (قوله إن المتبايعين يصفق كذا الخ) هكذا خطه ، ولعله سقط من قلمه لفظ أحد قبل قوله المتبايعين تأمل اه وصححه .

فهرست الجزء الرابع

من حاشية رد المحتار على الدر المختار

للعامة السيد محمد أمين المعروف بابن عابدين

صفحة	صفحة
٣٦	٣ (كتاب الحدود)
مطلب المواضع التي يحل فيها النظر إلى حورة	٤
الأجنبي	مطلب التوبة تسقط الحد قبل ثبوته
باب حد الشرب	٥
٣٧	أحكام الزنا
٣٨	١
مطلب في نجاسة العرق ووجوب إحد بشره	٢
٤٢	١٤
في البنج والأفيون والحشيشة	١٤
باب حد القذف	١٦
٤٣	١٦
مطلب في الشرف من الأم	١٨
٥٠	باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه
٥٣	١٩
هل للقاضي العفو عن التعزير	مطلب في بيان شبهة المحل
٥٧	٢١
لا تسمع البينة مع الإقرار إلا في سبع	في بيان شبهة الفعل
باب التعزير	٢٢
٥٩	الحكم المذكور في باب أولى من المذكور
٦١	في غير باب
مطلب في التعزير بأخذ المال	٢٣
٦٢	مطلب في بيان شبهة العقد
٦٦	٢٤
يكون التعزير بالقتل	إذا استحل المحرم على وجه الظن لا يكفر
٦٧	كما لو ظن حلم الغيب
في الجرح المبرد	٢٦
٧٤	مطلب في وطء الدابة
فيها لو شتم رجلا بألفاظ متعددة	٢٧
٧٥	فيمن وطئ من زفت إليه
في تعزير المتهم	٢٧
٨٠	في وطء الدر
فيها إذا ارتحل إلى غير مذهب	٢٨
٨٢	في حكم اللواطة
العائى لا مذهب له	٢٨
(كتاب السرقة)	باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها
٨٧	٣١
مطلب ترجمة عصام بن يوسف	

صيفة	صيفة
١٤١ مطلب في قسمة الغنيمة	٨٧ مطلب في جواز ضرب السارق حتى يقر
١٤٢ د في أن معلوم المستحق من الوقف هل يورث	٨٩ د في ضمان الساعي
١٤٥ د مخالفة الأمير حرام	٩٤ د في أخذ الدائن من مال مديونه من خلاف
د فصل في كيفية القسمة	جذبه
١٤٨ مطلب في الاستعانة بمشرك	٩٥ مطلب يعذر بالعمل بمذهب الغير عند الضرورة
١٤٩ د في قسمة الخمس	١٠٤ باب كيفية القطع وإثباته
١٥٠ د في أن رسالته صلى الله عليه وسلم باقية	١١٣ باب قطع الطريق
بعد موته	١١٩ (كتاب الجهاد)
١٥٢ مطلب في التنفيل	د مطلب في فضل الجهاد
د الاقتباس من القرآن جائز عندنا	١٢٠ د المواطبة على فرائض الصلاة في أوقاتها
د في قولهم أمم الفاعل حقيقة في الحال	أفضل من الجهاد
١٥٣ د كلمة لأبأس قد تستعمل في المنسوب	د مطلب في تكثير الشهادة مظالم العباد
١٥٥ د مهم في التنفيل العام بالكل أو بقدرته	د فيمن يريد الجهاد مع الغنيمة
١٥٨ د في حكم الغنيمة المأخوذة بلا قسمة في زماننا	١٢١ د في الرباط وفضله
د في وطء السراري في زماننا	١٢٢ د في بيان من يجري عليهم الأجر بعد الموت
١٥٩ د فيمن له حق في بيت المال وظهر بشيء	د المرباط لا يستل في القبر كالشهيد
من بيت المال	١٢٣ د في الفرق بين فرض العين وفرض الكفاية
١٥٩ باب استيلاء الكفار	١٢٤ د طاعة الوالدین فرض عين
١٦٠ مطلب فيها لو باع الحربى ولده	١٢٧ د إذا علم أنه يقتل يجوز له أن يقاتل بشرط
د يلحق بدار الحرب المأزاة والبحر الملح	أن ينكح فيهم وإلا فلا يخلاف الأمر بالمعروف
١٦١ د في أن الأصل في الأشياء الإباحة	١٢٨ مطلب في أن الكفار مغاطبون
١٦٤ د في قولهم إن أهل الحرب أرواء	١٣٠ د لفظ ينبغي يستعمل في المنسوب وغيره
د إذا شرى المستأمن عبدا ذميا يجبر على بيعه	عند المتقدمين
١٦٦ باب المستأمن	١٣٠ مطلب في بيان نسخ المثلة
١٦٨ فصل في استئمان الكافر	١٣٥ بحث الأمان
١٦٩ مطلب في أحكام المستأمن قبل أن يصير ذميا	١٣٦ مطلب اوقال على أولادى في دخول أولاد
د ما يؤخذ من النصارى زوار بيت المقدس	البنات روايتان
لا يجوز	١٣٦ مطلب لو قال على أولاد أولادى بدخل أولاد
١٧٠ مطلب مهم فيها يعلم التجار من دفع ما يسمى	البنات
سوكرة وتضجين الحربى ما هلك في المركب	د مطلب في دخول أولاد البنات في النرية روايتان
١٧٣ مطلب مهم العسبي يتبع أحد أبويه في الإسلام	١٣٧ باب المغنم وقسمة
وإن كان يعقل ما لم يبلغ وعقله خطأ	د مطلب بيان معنى الغنيمة والنه

صفحة

- ١٩١ مطلب لو رحل الفلاح من قرية لا يجبر على العود
 ١٩٣ في أحكام الإقطاع من بيت المال
 ١٩٤ إجارة الجندى ما أقطعه له الإمام
 بطلان التعليق بموت المعلق
 صحة تعليق التقرير في الوظائف
 ١٩٥ (فصل في الجزية)
 ١٩٩ مطلب الزنديق إذا أخذ قبل التوبة يقتل ولا
 تؤخذ منه الجزية
 ٢٠٢ مطلب في أحكام الكنائس والبيع
 لا يجوز إحداث كنيسة في أقرى ومن
 أقرى بالجواز فهو خطي ويجبر عليه
 مطلب تهدم الكنائس من جزيرة العرب ولا
 يمكن من سكنها
 ٢٠٣ مطلب في بيان أن الأمصار ثلاث: موبين إحداث
 الكنائس فيها
 مطلب لو اختلفا معهم في أنها صلحية أو عبوة
 فإن وجد أثر وإلا تركت بأيديهم
 مطلب إذا هدمت الكنيسة ولو بغير وجه لا تحب
 إعادتها
 ٢٠٤ مطلب ليس المراد من إعادة المنهدم أنه جائز
 تأمرهم به بل المراد تركهم وما يدينون
 مطلب لم يكن من الصحابة صلح مع اليهود
 مهم حادثة الفتوى في أخذ النصارى
 كنيسة مهجورة لليهود
 مطلب فيما أقرى به بعض المتأخرين في زماننا
 في كيفية إعادة المنهدم من الكنائس
 ٢٠٥
 ٢٠٦ تمييز أهل الذمة في الملبس
 ٢٠٩ سكنى أهل الذمة مع المسلمين في مصر
 منهم عن التحل في البناء على المسلمين
 ٢١١ فيها ينقص به عهد الذي ومالا ينقص
 ٢١٢ في حكم سب الذي النبي صلى الله عليه وسلم
 ٢١٣
 ٢١٧ مصارف بيت المال

صفحة

- ١٧٤ مطلب فيها تصير به دار الإسلام دار حرب
 وبالعكس
 ١٧٥ باب العشر والخراج والجزية
 ١٧٧ مطلب في أن أرض العراق والشام ومصر عبوة
 خراجية مملوكة لأهلها
 ١٧٨ مطلب في جواز بيع الأراضي المصرية والشامية
 أراضي المملوكة والحوز لا عشرية ولا
 خراجية
 ١٧٩ مطلب لاشئ على زراعي الأراضي السلطانية من
 عشر أو خراج سوى الأجرة
 مطلب لاشئ على الفلاح لو عطلها ولو تركها
 لا يجبر عليها
 ١٨٠ مطلب القول الذي اليد إن الأرض ملكه وإن
 كانت خراجية
 ١٨١ مطلب ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد
 إلا بحق ثابت معروف
 ١٨١ مطلب فيما وقع من الملك الظاهر ببيرس من
 إرادته انتزاع العقارات من ملاكها لبيت المال
 ١٨٢ مطلب في بيع السلطان وشرائه أراضي بيت
 المال
 ١٨٣ مطلب في وقف الأراضي التي لبيت المال
 ومراعاة شروط الواقف
 ١٨٣ مطلب أوقاف الملوك والأمراء لا يراعى شرطها
 ١٨٤ على ما وقع للسلطان برفق من إرادته
 نقض أوقاف بيت المال
 ١٨٥ مطلب في خراج المقاسة
 ١٨٧ لا يحول خراج الموظف إلى خراج
 المقاسة وبالعكس
 ١٨٨ مطلب لا يلزم جميع خراج المقاسة إذا لم تعلق
 لكثرة المظالم
 ١٩٩ مطلب فيما لو عجز المالك عن زراعة الأرض
 الخراجية

صحيفة

- ۲۵۱ مطلب لو تاب المرتد هل تموز حديثه
 ۲۵۷ ۱ في ردة الصبي وإسلامه
 ۲۵۸ ۱ هل يجب على الصبي الإيمان
 ۲۵۹ ۱ في معنى درويش درويشان
 ۱ ۱ ۱ مستحل الرقص
 ۲۶۰ ۱ ۱ كرامات الأولياء
 ۲۶۰ باب البغاة
 ۲۶۲ مطلب في اتباع عبد الوهاب الخوارج في زماننا
 ۱ ۱ ۱ عدم تكفير الخوارج وأهل البدع
 ۲۶۳ ۱ لاجرة بغير الفقهاء يعني المجتهدين
 ۱ ۱ ۱ الإنعام يصير إماما بالمباينة وبالاختلاف
 ۱ ۱ ۱ ممن قبله
 ۲۶۴ مطلب فيما يستحق به الخليفة العزل
 ۱ ۱ ۱ في وجوب طاعة الإمام
 ۲۶۸ ۱ ۱ كراهة بيع موقوف المصيبة بعينه
 ۲۶۹ (كتاب القبط)
 ۲۷۰ مطلب في قولهم الغرم بالغنم
 ۲۷۱ (كتاب القطة)
 ۲۸۳ مطلب فيمن عليه ديون ومظالم جهول أربابها
 ۱ ۱ ۱ مات في سفره فباع رقيقه متاعه
 ۲۸۴ ۱ ۱ وجد جعلا في نهر أو وجد جوزا أو
 ۱ ۱ ۱ كثري
 ۲۸۵ ۱ ۱ مطلب ألقى شيئا وقال من أخذه فهو له
 ۱ ۱ ۱ له الأخذ من نثار السكر في العرس
 ۱ ۱ ۱ وجد دراهم في الجدار أو استيقظ وفي
 ۱ ۱ ۱ يده صرة
 ۱ ۱ ۱ مطلب أخذ صوف ميتة أو جلدها
 ۱ ۱ ۱ سرق مكعبه ووجد مثله أو دونه
 ۲۸۶ (كتاب الآبق)
 ۲۹۲ (كتاب المفقود)
 ۲۹۴ مطلب قضاء القاضى ثلاثة أقسام
 ۱ ۱ ۱ في الإفتاء بذهب مالك في زوجة المفقود

صحيفة

- ۲۱۸ مطلب من له استحقاق في بيت المال يعطى
 ولده بعده
 ۲۱۸ مطلب من له وظيفة توجه لولده مع بعده
 ۱ ۱ ۱ تحقيق مهم في توجيه الوظائف للابن
 ۲۲۰ ۱ ۱ فيما إذا مات المؤذن أو الإمام قبل أخذ
 وظيفتهما
 ۲۲۱ باب المرتد
 ۲۲۳ مطلب في منكر الإجماع
 ۱ ۱ ۱ فيما يشك في أنه ردة لا يحكم بها
 ۲۲۶ ۱ ۱ في أن الكفار خمسة أصناف وما يشترط
 في إسلامهم
 ۲۲۷ ۱ ۱ بحث في اشتراط التبرى مع الإتيان بالشهادتين
 ۲۲۹ مطلب الإسلام يكون بالفعل كالصلاة بجماعة
 ۲۳۰ ۱ ۱ في حكم من شتم دين مسلم
 ۱ ۱ ۱ توبة اليأس مقبولة دون إيمان اليأس
 ۲۳۱ ۱ ۱ أجمعوا على كفر فرعون
 ۱ ۱ ۱ في استثناء قوم يونس
 ۱ ۱ ۱ إحياء أبوي النبي عليه السلام بعد موتها
 ۱ ۱ ۱ مهم في حكم ساب الأنبياء
 ۲۳۶ ۱ ۱ ۱ ۱ ۱ الشيخين
 ۲۳۸ ۱ ۱ في حال الشيخ الأكبر سيدي عبي الدين
 ابن عربي نعمنا الله تعالى به
 ۲۴۰ ۱ ۱ مطلب في الساحر والزنديق
 ۲۴۱ ۱ ۱ الفرق بين الزنديق والمنافق والدهري
 والملحد
 ۲۴۲ مطلب في الكاهن والعراف
 ۲۴۳ ۱ ۱ دعوى علم الغيب
 ۱ ۱ ۱ أهل الأمواء إذا ظهرت بدعتهم
 ۲۴۴ ۱ ۱ حكم الدروز واليافقة والنصيرية والإسماعيلية
 ۱ ۱ ۱ جلة من لا تقبل توبته
 ۲۴۵ ۱ ۱ ۱ لا يقتل إذا ارتد
 ۲۵۱ ۱ ۱ ۱ المصيبة تبقى بعد الردة

صحيفة

- ۳۷۵ مطلب وقف الدار عند الإطلاق يحبل على الاستغلال لاهل السكنى
- ۳۷۵ مطلب من له الاستغلال لا يملك السكنى وبالعكس
- ۳۷۶ في الوقف إذا خرب ولم يمكن عمارته
- ۳۷۷ جعل شيء من المسجد طريقا
- ۳۷۹ اشتراط الواقف الولاية لنفسه
- ترجمة هلال الراى البصرى
- ۳۸۰ بأنهم بتولية الخان
- فيما يزل به الناظر
- في شروط المتولى
- ۳۸۱ مهم في تولية العبيد
- فيما شاع في زماننا من تفويض نظير الأوقاف للصغير
- ۳۸۲ مطلب في عزل الناظر
- لا يصح عزل صاحب وظيفة بلا جنة أو عدم أهلية
- مطلب في النزول عن الوظائف
- ۳۸۳ لا بد بعد الفراغ من تقرير القاضى في الوظيفة
- مطلب لو قرر القاضى رجلا ثم قرر السلطان آخر فالعبر الأول
- مطلب الناظر المشروط له التقرير مقدم على القاضى
- مطلب المفروغ له الرجوع بمال الفراغ
- ۳۸۴ في اشتراط الغلة لنفسه
- الوقف على نفس الواقف
- استبدال الوقف وشروطه
- ۳۸۵ اشتراط الإدخال والإخراج
- شروط الاستبدال
- ۳۸۶ يجوز مخالفة شرط الواقف في مسائل
- لا يستبدل العامر إلا في أربع
- ۳۸۸ في وقف البناء بدون أرض
- ۳۸۹

صحيفة

- ۳۹۰ مطلب في نقل أنقاض المسجد ونحوه
- ۳۹۱ وقف المنقول تبعا للعقار
- لا يشترط العهد في وقف العقار
- ۳۹۲ وقف المشاع المقضى به
- مهم إذا حكم الحنفى بما ذهب إليه أبو يوسف أو محمد لم يكن حاكما بخلاف مذهبه
- مطلب مهم إشكال في وقف المنقول على النفس
- ۳۹۳ فيها إذا كان في المسألة قولان مصححان
- في وقف المنقول قصدا
- الدراهم والدنانير
- ۳۹۴ التعامل والعرف
- ۳۹۵ متى ذكر الوقف مصرفا لا بد أن يكون فيه تنصيص على الحاجة
- ۳۹۶ مطلب في حكم الوقف على طلبة العلم
- نقل كتب الوقف من محلها
- يبدأ من غلة الوقف بعمارة
- ۳۹۷ دفع المرسد مقدم على الدفع للمستحقين
- كون التعمير مع الغلة إن لم يكن الخراب بصنع أحد
- مطلب عمارة الوقف على الصفة التى وقفه
- يبدأ بعد العمارة بما هو أقرب إليها
- ۳۹۸ في قطع الجهات لأجل العمارة
- ۳۹۹ فيمن لم يدرس لعدم وجود الطلبة
- في استحقاق القاضى والمدرس والوظيفة
- في يوم البطالة
- ۴۰۰ مطلب في عمارة من له السكنى
- ۴۰۱ فيها لو أجز من له السكنى
- ۴۰۲ من له السكنى لا يملك الاستغلال واختلف في عكسه
- ۴۰۳ لا يملك القاضى التصرف في الوقف مع وجود ناظر ولو من قبله

- مصيفة
- ٤٤٣ مطلب لا يكتفى صرف النظر لثبوت الاستحقاق
- ٤٤٤ متى ذكر الواقف شرطين متعارضين يعمل بالمتأخر
- مطلب مهم في قول الواقف على الفريضة الشرعية
- ٤٤٥ مطلب مراعاة غرض الواقفين واجبة والعرف يصلح محصصا
- ٤٤٦ مطلب فيما لو اشترى دار الوقف وعمر أو غرس فيها
- ٤٤٧ مطلب إذا هدم المشرى أو المستأجر دار الوقف ضمن
- مطلب في الوقف إذا انقطع ثبوته
- ٤٤٨ محاسبة المتولى وتحلته
- مطلب قول المتولى في ضياع الغلة وتقريبها
- ٤٤٩ مطلب إذا كان الناظر مفسدا لا يقبل قوله بيمينه
- ٤٥٠ فيما يأخذه المتولى من العوائد العرفية في تحرير حكم ما يأخذه المتولى من عوائد
- ٤٥١ فيما يسمى بخدمة وتصدقا في زماننا
- في أحكام الوقف على فقراء قرابته
- ٤٥٢ إذا قال مادامت عزا فتزوجت وطلقت ينقطع حقها
- ٤٥٣ مطلب فيما إذا قضى بدخول ولد البنت أثبت واحداً من الذرية يرجع بما يخصه في الماضي
- مطلب من وقف على أولاده هل يشمل الواحد أولا
- ٤٥٤ مطلب في إقالة المتولى عقد الإجارة
- للمستأجر غرس الشجر
- إنما يحمل للمتولى الإذن فيما يزيد الوقف به خيرا
- ٤٥٥ مطلب في حكم بناء المستأجر في الوقف بلا إذن
- ٤٥٥ مطلب في حكم بناء المتولى وغيره في أرض الوقف
- ٤٥٦ مطلب لو أجز المتولى لابنه أو أبيه لم يجز إلا بأكثر من أجر المثل
- مطلب في الوقف على الصوفية والعميان
- ٤٥٧ شرط التولية للأرشد فالأرشد إذا صار غير الأرشد أرشد
- ٤٥٨ ليس للمشرف التصرف
- القيم والمتولى والناظر بمعنى واحد
- ٤٥٩ لا يجوز الرجوع عن الشروط
- ٤٦٠ في أن الأصل عود الضمير إلى أقرب مذكور
- مطلب فيما إذا قال على أولادى وأولاد أولادى المذكور
- مطلب إذا كان لفظ محتملان تعين أحدهما بغرض الواقف
- ٤٦١ مطلب إذا تقدم القيد يكون لما قبل العاطف الوصف بعد حمل يرجع إلى الأخير عندنا
- ٤٦٢ الشرط والاستثناء يرجع إلى الكل اتفاقا لا الوصف فإنه للأخير عندنا
- مطلب على أن من مات عن ولد من قبيل الشرط في تحرير الكلام على دخول أولاد البنات
- ٤٦٣ مهم في مسألة السبكي الواقعة في الأشباه في نقض القسمة والدرجة الجعلية
- ٤٦٥ فصل فيما يتعلق بوقف الأولاد
- ٤٦٦ مطلب لو قال على أولادى بلفظ الجمع هل يدخل كل الباطون
- مطلب وقف على أولادى وسهام
- ٤٧٠ في بيان طلوع الغلة الذي أنيط به الاستحقاق
- ٤٧١ مطلب قال للذكر كائنين ولم يوجد إلا ذكر واحد فقط أو إناث فقط

مصحفہ

مصحفہ

- ٤٧١ مطلب مهم فيما او شرط عود نصيب من مات
لا عن ولد لأعلى طبقة
- ٤٧٢ مطلب في النسل والعقب والآل والجنس وأهل
البيت والقربا والأرحام والأنساب
- ٤٧٣ مطلب يعتبر في لفظ القراة المحرمة والأقرب
فالأقرب
- ٤٧٤ مطلب في تفسير الصالح
المراد بالأقرب فالأقرب
- ٤٧٥ ذكر مسائل استطارية خارجة عن
كتاب الوقف
- ٤٨٢ مطلب المواضع التي يكون فيها السكوت كالقول
في المواضع التي لا يخلف فيها المنكر
- ٤٩٢ القاضى إذا قضى في مجتهد فيه نفذ
قضاؤه إلا في مسائل
- ٤٩٣ مطلب ما خالف شرط الواقف فهو مخالف
للنص والحكم به حكم بلا دليل
- مطلب المراد بأصحابنا أئمتنا الثلاثة وبالمشايخ
من لم يدرك الإمام
- مطلب قضايا القضاة على ثلاثة أقسام
- ٤٩٨ في قضاء القاضى بخلاف مذهبه
(كتاب البيوع)
- ٥٠١ مطلب في تعريف المال والملك والمقوم
- ٥٠٣ في بيع المسكروه والموقوف
- ٥٠٤ شرائط البيع أنواع أربعة
- ٥٠٧ القبول قد يكون بالفعل وليس من صور
التعاطى
- ٥٠٧ مطلب في حكم البيع مع الغزل
البيع بالتعاطى
- ٥١٤ في بيع الاستجرار
- ٥١٧ في بيع الجماعية
- ٥١٨ لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة
- ٥١٨ في الاعتياض عن الوظائف والنزول عنها
- ٥١٩ مطلب في العرف الخاص والعام
- ٥١٩ في النزول عن الوظائف بما لا
في خلو الحوائث
- ٥٢١ في الكدك
- ٥٢٢ في بيان مشد المسكة
- ٥٢٤ في انعقاد البيع بلفظ واحد من الجانبين
- ٥٢٦ في بيان ما يوجب اتحاد الصفقة
وتفريقها
- ٥٢٧ مطلب ما يبطل الإيجاب سبعة
- ٥٣١ في الفرق بين الأمان والمبيعات
مطلب في التأجيل إلى أجل مجهول
- ٥٣٣ مهم في أحكام النقود إذا كسدت
أو انقطعت أو غلت أو رخصت
- ٥٣٦ مطلب يعتبر الثمن في مكان العقد وزممه
- ٥٣٧ مهم في حكم الشراء بالقرش في زماننا
- ٥٤١ البيع بالرقم
- ٥٤١ الضابط في كل
- ٥٤٣ المعتبر ما وقع عليه العقد وإن ظن البائع
أو المشتري أنه أقل أو أكثر
- ٥٤٧ فصل فيما يدخل في البيع تبعاً وما لا يدخل
- ٥٤٧ ما يصح استثنائه في المبيع ومسائل آخر
- ٥٥٢ مطلب كل ما دخل تبعاً لا يقابله شيء من الثمن
اجتهد إذا استدلت بتحديث كان تصحيحاً له
- ٥٥٣ في حمل المطلق على المقيد
- ٥٥٣ في بيع الثمر والزرع والشجر مقصوداً
- ٥٥٤ فساد المتضمن يوجب فساد المتضمن
- ٥٥٧ في حبس المبيع لقبض الثمن وفي هلاكه
وما يكون قبضاً
- ٥٦١ مطلب فيما يكون قبضاً للمبيع
- ٥٦٢ في شروط التخلية
- ٥٦٢ اشترى داراً مأجورة لا يطالب بالثمن
قبل قبضها

ضعيفة

- ٥٦٤ مطلب لو اشترى شيئا ومات مفلسا قبل قبضه
فالأبواب أحق
٥٦٥ باب خيار الشرط
٥٦٦ مطلب في هلاك بعض المبيع قبل قبضه
٥٧٠ الموافق التي يصح فيها خيار الشرط
والتي لا يصح
٥٧١ مطلب خيار النقد
٥٧٣ في المقبوض على سوم الشراء
٥٧٤ المقبوض على سوم النظر

صحيحة

- ٥٧٥ مطلب في الفرق بين القيمة والقرن
٥٨٥ في خيار التعيين
٥٨٨ فيها الاختلاف في الخيار أو في مضيه أو في الأجل
أو في الإجازة أو في تعيين المبيع
٥٨٨ مطلب اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا
٥٩١ البيع لا يبطل بالشرط في اثنين وثلاثين
موضعا
٥٩٢ باب خيار الرؤية
٦٠٠ مطلب الأعمى كالبصير إلا في مسائل

احتدراك

ص	س	خطا	صواب
٤٢٥	١٠	بالحنانية	بالحنانية
٤٢٥	١١	تصبيه	تصبيه
٤٢٧	٣	في التفويض	في التفويض
٤٣٠	١٣	أولى	أولى أي بلا تفصيل

